

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARCELO HENRIQUE LAPOLLA AGUIAR ANDRADE

**O MODELO DE CONCORRÊNCIA SCHUMPETERIANO E SUA
ADERÊNCIA À REALIDADE NACIONAL**

SÃO PAULO
2014

MARCELO HENRIQUE LAPOLLA AGUIAR ANDRADE

**O MODELO DE CONCORRÊNCIA SCHUMPETERIANO E SUA
ADERÊNCIA À REALIDADE NACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito Político e Econômico como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito Político e Econômico

Orientador: Professor Doutor Vicente Bagnoli

SÃO PAULO
2014

A554m Andrade, Marcelo Henrique Lapolla Aguiar

O modelo de concorrência schumpeteriano e sua aderência à realidade nacional / Marcelo Henrique Lapolla Aguiar Andrade. – 2014.

99 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: Prof. Vicente Bagnoli

Bibliografia: f. 93 - 98

1. Concorrência 2. Atos de concentração 3. Aderência do modelo Schumpeteriano 4. Cenário Brasileiro I. Título II. Schumpeter, Joseph Alois (1883-1950) III. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE)

CDDir 341.3787

MARCELO HENRIQUE LAPOLLA AGUIAR ANDRADE

**O MODELO DE CONCORRÊNCIA SCHUMPETERIANO E SUA
ADERÊNCIA À REALIDADE NACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito Político e Econômico como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito Político e Econômico

Aprovado em 17/09/2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Vicente Bagnoli – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Dr. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Dr. Andre Antunes Soares de Camargo
Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa

A Deus, pela saúde e oportunidades com que me abençoa.

A minha família, fundamento do meu ser, suporte para os desafios e a quem dedico minha vida.

A cada uma das pessoas que cruzaram o meu caminho e me estimularam a seguir ou desafiaram a persistir.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor e Orientador Vicente Bagnoli, fonte de inspiração acadêmica e profissional, por toda confiança, auxílio, gentileza, complacência, cobrança e sensibilidade.

Aos Professores e Examinadores Gilberto Bercovici, Vinicius Marques de Carvalho, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo e Andre Antunes Soares de Camargo, pela fundamental e inestimável contribuição, por me honrarem com suas críticas – sempre perspicazes e precisas – e por me oferecerem sua enorme sabedoria de forma tão colaborativa e humilde.

À Banca, como um todo, por me fazer sentir pequeno ante a grandeza de seus membros e pelo respeito em todos os momentos compartilhados.

RESUMO

A presente pesquisa acadêmica tem por objetivo explorar os principais aspectos do modelo econômico schumpeteriano, a fim de identificar sua aderência ao Direito da Concorrência brasileiro e a efetiva aplicação pela autoridade da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no âmbito da Lei Federal nº 12.529, de 29 de maio de 2011. Para tanto, são abordados aspectos teóricos e empíricos do racional de Joseph Schumpeter, traços específicos da atuação a autoridade da concorrência nacional e os aspectos comuns percebidos em ambos.

Palavras-chave: CONCORRÊNCIA – ATOS DE CONCENTRAÇÃO – SCHUMPETER – CADE – ADERÊNCIA DO MODELO SCHUMPETERIANO E CENÁRIO BRASILEIRO.

ABSTRACT

The current academic research aims to explore the main aspects of the Schumpeterian economic model, so as to identify its equivalency with Brazilian Antitrust Law and its actual application by the antitrust authority, the Administrative Counsel of Economic Defense – CADE, according to the terms of Federal Law 12,529, of May 29th, 2011. As such, theory and empiric aspects of Joseph Schumpeter's rational are examined, specific traits of the role of the national antitrust authority and the common aspects that arise from both.

COMPETITION – MERGERS – SCHUMPETER – COMPETITION
AUTHORITY (CADE) – EQUIVALENCY OF SCHUMPETERIAN MODEL AND
BRAZILIAN SCENE.

[...] órgãos antitruste devem necessariamente proceder a um balanço entre os eventuais efeitos anticompetitivos de um ato de concentração e os ganhos de eficiência, tendo em vista verificar se o saldo líquido dessas duas forças opostas produz benefícios para a sociedade e realizar uma intervenção eficaz no que tange ao seu objetivo último: a promoção do bem-estar social. (FAGUNDES, Jorge e ROCHA, Maria Margarete da. Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro. São Paulo: Singular, 2011, p. 243)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	17
2. O MODELO SCHUMPETERIANO	37
2.1. CONCEITUAÇÃO	37
2.2. APLICAÇÃO PRÁTICA	46
2.3. EFICIÊNCIA SEGUNDO SCHUMPETER	59
3. A TUTELA DO ESTADO	66
3.1. FINALIDADE, DISCRICÃO E FORMA DE ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)	66
3.2. MANIFESTAÇÕES DO CADE	73
4. PONTOS DE ADESÃO ENTRE O MODELO SCHUMPETERIANO E A ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)	78
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

INTRODUÇÃO

A globalização é um fenômeno decorrente das transformações norteadas pelo capitalismo financeiro-informacional¹pós-Guerra Fria. A internacionalização das economias nacionais é um processo derivado da globalização e a compreensão de seus efeitos, especialmente no âmbito dos países em desenvolvimento, é essencial para se delimitar a extensão do papel do Estado e de seus agentes econômicos, políticos e sociais.

A crescente automação dos meios de produção, a racionalização dos processos produtivos e a intensificação da competitividade entre as empresas transnacionais são algumas das características mais marcantes desse processo de internacionalização das economias nacionais, cuja importância está evidenciada nas diversas transformações político-sociais que o viabilizam nos países em desenvolvimento.

Desse modo, ao analisar a questão da internacionalização das economias nacionais, não se pode olvidar da vinculação desse fenômeno de reorganização do sistema político-social direcionada ao permanente esforço para se alcançarem patamares satisfatórios de desenvolvimento da economia nacional, com a consequente geração de riquezas e uma maior integração das diferentes camadas sociais.

Os reflexos dessas transformações ocorridas em função desse processo são igualmente perceptíveis nas relações internacionais, uma vez que economias mais robustas são capazes de ampliar sensivelmente sua relevância no âmbito internacional, estabelecendo-se como polo centralizador de decisões, de forma que

¹O Capitalismo Financeiro iniciou-se na Revolução Industrial, sendo uma consequência direta do forte crescimento econômico daquela época. Possui dois vieses marcantes: a presença de capital advindo dos bancos e a prática de monopólios, motivo pelo qual é igualmente conhecido como Capitalismo Monopolista. Nesse modelo de capitalismo, há uma forte presença do Estado intervencionista, como forma de balancear os monopólios. Foi seguido pelo Capitalismo Informacional, que por sua vez estabelece a aceleração dos fluxos de capitais, mercadorias e informações, apresentando-se na forma do processo de desconcentração industrial, de modo a favorecer as corporações transnacionais por meio da reordenação espacial da indústria e da especialização da mão de obra.

as medidas por elas adotadas passam a influenciar outros países enquanto agentes políticos e econômicos.

Dos resultados positivos advindos do processo de internacionalização das economias nacionais, destaca-se a intensificação da concorrência entre os *players* de mercado, justamente por seus reflexos nos setores político e social².

No âmbito interno, a incessante e permanente persecução do estabelecimento de mercados mais desenvolvidos, bem como a garantia da livre iniciativa e da concorrência nas economias nacionais, não se constituem como fins em si mesmos, mas no meio pelo qual a política antitruste passa a ser determinante para se alcançarem finalidades sociais específicas. Por essa razão, as políticas desenvolvimentistas costumeiramente adotam o fomento à atividade econômica como ponto de partida e os benefícios sociais decorrentes dessa exploração econômica como ponto de chegada.

Permeando todo esse contexto e conduzindo-se ao longo desse processo, o Estado exerce o papel fundamental da criação e manutenção dos mercados, seja por meio do monopólio estatal ou pelo incentivo e disponibilização de meios para sua exploração pelo capital privado.

Nesse sentido, a garantia da livre iniciativa por meio da viabilização da concorrência constitui-se como premissa essencial para possibilitar o desenvolvimento econômico, político e social dos países, em âmbito nacional – sendo essa uma premissa para competir internacionalmente.

Os estudos que examinam a questão do desenvolvimento econômico originaram-se no início do século XX, momento em que se buscava a compreensão teórica e pragmática das incontáveis crises ocorridas no âmbito do sistema capitalista.

²Cf. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

Nesse período, comumente se associava o desenvolvimento econômico ao crescimento econômico, concretizado por meio do fomento dos meios produtivos, especialmente do aumento da produção e da intensificação da competitividade entre as empresas participantes daquele mercado. No setor político, o crescimento econômico tem potencial reflexo em medidas visando o bem estar social, o fomento da educação, a melhora da prestação dos serviços de saúde, melhores condições de empregabilidade e capacidade de competir com outros estados.

Essa preocupação e busca pelo desenvolvimento econômico se mostra viável por mais de um meio. Enquanto economias como Japão e Alemanha basearam-se no modelo de conglomerados para crescer, outros países apoiam-se no modelo de concorrência liberal – adotando medidas como a abertura de seus mercados, por exemplo, na busca pelo desenvolvimento e competitividade. Nesse cenário, a análise das leis antitrustes e do princípio da livre iniciativa e concorrência tem uma conotação altamente contemporânea e são essenciais para o entendimento dos diversos fenômenos ocorridos no âmbito da globalização.

Como consequência, assume importância o exame da sistemática antitruste, em que se verifica que algumas barreiras para o crescimento podem estar relacionadas aos efeitos da concentração de mercado³, em especial ao poder de mercado, que consiste na capacidade que um agente ou agentes organizados corporativamente têm de interferir na lógica mercadológica – aumentando preços, reduzindo a oferta e diminuindo a qualidade – de forma unilateral, significativa, permanente e lucrativa, em benefício próprio e prejuízo coletivo.

Tem-se, assim, que a atuação estatal preventiva pode pautar-se no estímulo ou na prevenção à formação de blocos de concentração econômica (quando exercido de forma abusiva o poder de mercado). De uma forma ou de outra, constata-se a essencialidade do papel do Estado na consecução de medidas que, independentemente do caminho escolhido, alcancem como destino a livre iniciativa e a concorrência, fomentadores do almejado desenvolvimento.

³Cf. PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos in MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 74.

O ponto de partida para o estudo dos efeitos da concorrência é a determinação do espaço econômico em que ocorre esse fenômeno, ou seja, o mercado relevante em que as empresas concorrem ou deixam de concorrer, uma vez que possibilita a inibição de desvios de exame quanto aos fenômenos fáticos que permeiam a análise empreendida⁴.

Dessa forma, há a necessidade de se proceder duas delimitações lógicas, quais sejam: a identificação de quais produtos são relevantes para a determinação do exercício do poder de mercado e a definição do espaço geográfico em que ocorre o exercício do poder em análise. Igualmente essencial é determinar a existência ou ausência de condições que venham a prevenir que outros *players* possam atuar em determinado mercado, pois estas servem para apontar se o exercício desse poder é mais ou menos verossímil no contexto daquele mercado⁵.

Essas condições influenciam diretamente no exercício do poder de mercado, especialmente quando se pretende estimular a concorrência. Tome-se, como no exemplo, situação na qual a ausência de barreiras em um determinado mercado possibilita que uma empresa ingressante altere as condições de exercício do poder de mercado da empresa dominante.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico brasileiro previu – em passado não distante – determinadas normas no sentido de preservar as condições de competitividade no mercado após a execução de uma operação específica, como é o caso dos Acordos de Preservação de Reversibilidade da Operação (APROs)⁶

⁴Alguns exemplos auxiliam no entendimento da necessidade de se empreender uma determinação precisa do mercado relevante. Enquanto que se demonstra razoavelmente simples a precisão com que um produto como o sabão em pó não concorre com um produto como o café solúvel, uma vez que do ponto de vista do consumidor esses produtos são voltados para a satisfação de necessidades distintas e não guardam nenhuma relação direta, de modo que o aumento dos preços do sabão em pó não induzirá os consumidores a comprar café solúvel, não é possível se afirmar com o mesmo grau de precisão que o café solúvel não é um concorrente efetivo e direito do café comum. Outro caso relevante é a análise que verifica se uma mudança nos preços de um produto em um determinado país incorrerá em mudanças de preços em outro país.

⁵Dentre essas condições que possam influir na atuação das empresas em determinado mercado estão os requisitos para o acesso àquele mercado, a concorrência entre as empresa existentes nesse mercado, o poder compensatório dos compradores e a possibilidade ou não de importação de produtos presentes naquele mercado.

⁶Maiores detalhes nos seguintes APROs do CADE: Air Liquide Brasil Ltda, White Martins Gases Industriais Ltda: 08012.011196/2005-53; Compagnie de Saint-Gobain, Owens Corning: 08012.001885/2007-11; Dana Corporation, Mahle GmbH: 08012.011518/2006-45; Braskem S.A, Petróleo Brasileiro S/A: 08012.002813/2007-91; Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A., Ultrapar

firmados entre a autoridade da concorrência brasileira – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – e os entes privados envolvidos. Assim, concentrações eram permitidas até o advento de decisão final acerca da operação, no limite da proteção ao mercado (concorrentes e consumidores), sob o controle da autoridade da concorrência e em atendimento às políticas do Estado.

Nesses casos, embora fosse essencial dispensar profunda atenção a sistemas que prestigiassem e facilitassem a concorrência entre os *players* em benefício do mercado, verificava-se que determinadas operações entre empresas concorrentes não significavam, necessariamente, a integração absoluta de suas

Participações S.A.: 08012.002816/2007-25; Braskem S.A, Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A., Ultrapar Participações S.A.: 08012.002818/2007-14; Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A.: 08012.002820/2007-93; Leão Júnior S/A, Recofarma Indústria do Amazonas Ltda: 08012.001383/2007-91; GTI S/A, VRG Linhas Aéreas S/A: 08012.003267/2007-14; General Motors Corporation, Hughes Electronics Corporation, The News Corporation Limited: 53500.002423/2003; Companhia de Bebidas das Americas - AmBev, José de Sousa Cintra: 08012.003302/2007-97; Globo Comunicações e Participações S/A, The DIRECTV Group, Inc, The News Corporation Limited: 53500.029160/2004; Banco de Investimentos CreditSuisse (Brasil) S.A., Brasil Telecom S/A, Invitel S.A., Telemar Norte Leste S.A. "OI": 53500.012477/2008; Banco de Investimentos CreditSuisse (Brasil) S.A., Brasil Telecom S/A, Invitel S.A., Telemar Norte Leste S/A: 08012.005789/2008-23; Medley S.A. Indústria Farmacêutica, Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda.: 08012.003189/2009-10; Perdigão S/A, Sadia S.A.: 08012.004423/2009-18; Citrovita Agro Industrial Ltda., Fischer S.A. - Comércio e Indústria e Agricultura: 08012.005889/2010-74; Diagnósticos da América S.A., MD1 Diagnósticos S.A.: 08012.010038/2010-43; Diagnósticos da América S.A., MD1 Diagnósticos S.A.: 08012.010038/2010-43; VRG Linhas Aéreas S.A., Webjet Linhas Aéreas S.A.: 08012.008378/2011-95; FMG Empreendimentos Hospitalares S.A, São Luiz Operadora Hospitalar S.A.: 08012.010274/2010-60; Casa Bahia Comercial Ltda., Companhia Brasileira de Distribuição: 08012.010473/2009-34; Allpark Empreendimentos, Participações e Serviços S.A., Bagattini Participações Ltda., CGB Participações Ltda.: 08012.011323/2010-81; Allpark Empreendimentos, Participações e Serviços S.A., Bagattini Participações Ltda., CGB Participações Ltda.: 08012.011323/2010-81; JBS S.A., MJE Administração de Bens Ltda: 08012.002149/2012-48; JBS S.A., Jema Participações Ltda: 08012.002148/2012-01; FR Participações Ltda, JBS S.A.: 08012.003367/2012-08; Hospital Santa Lúcia S.A, Medgrupo Participações S.A, Rede DOr São Luiz S.A.: 08700.004150/2012-59; CM Indústria e Comércio Ltda., Satisloh Holding AG: 08012.010967/2011-33; ACC - APPLIANCES COMPONENTS COMPANIES SpA, BRASMOTOR S.A, DAÍLSON FARIAS, DANFOSS A/S, DÁRIO GERT ISLEB, ERNESTO HEINZELMANN, Gerson Veríssimo, GILBERTO HEINZELMANN, INGO ERHARDT, JANUÁRIO DOMINGOS SOLIGON, José Aluizio Malagutti, JOSÉ CELSO LUNARDELLI FURCHI, JOSÉ ROBERTO LEIMONTAS, KAISHA MASUDA, LAÉRCIO HARDT, LARS SNITKJAER, Mauro de Carvalho Mendonça, MICHEL JORGE GERAISATE FILHO, MIGUEL ESTEVÃO AVELLAR, MIKE INHETVIN, NILSON EFFTING, Panasonic Electric Works Co. Ltd. (ANTIGA Matshushita Electric Works, Ltd.), PAULO FREDERICO MEIRA DE OLIVEIRA PERIQUITO, SDE ExOfficio, TECUMSEH DO BRASIL LTDA., VALTER TARANZANO, Walter Sebastião Desiderá, Whirlpool S.A., WHIRLPOOL UNIDADE EMBRACO - COMPRESSORES E SOLUÇÕES DE REFRIGERAÇÃO: 08012.000820/2009-11; Centro Radioterápico da Gávea Ltda., Coral - Centro de Oncologia e Radioterapia Ltda., Instituto de Oncologia e Radioterapia São Pellegrino Ltda., LFC Serviços Médicos Ltda., Oncotech Oncologia Ltda., Scanmed - Aluguel de Máquinas e Equipamentos Ltda., Serviços da Radioterapia São Peregrino Ltda.: 08012.011421/2011-08; Centro Radioterápico da Gávea Ltda., Coral - Centro de Oncologia e Radioterapia Ltda., Instituto de Oncologia e Radioterapia São Pellegrino Ltda., LFC Serviços Médicos Ltda., Oncotech Oncologia Ltda., Scanmed - Aluguel de Máquinas e Equipamentos Ltda., Serviços da Radioterapia São Peregrino Ltda.: 08012.011421/2011-08.

atividades, uma vez que a ocorrência da eliminação do centro decisório não era medida essencial ou obrigatória em todas as operações. Nesse contexto, os acordos podiam envolver tão somente uma sistemática de colaboração com a finalidade da elaboração de um novo produto, compra de insumos ou estabelecimento de padrões para os processos industriais⁷, sem representar necessariamente concentração de poder de mercado.

Alterações legislativas datadas do ano de 2011, no entanto, modificaram a sistemática de aprovação dos atos de concentração, tornando a análise e decisão pela aprovação ou não de determinado ato anterior à sua consumação. Assim, a preocupação por preservar reversíveis os efeitos de uma operação “provisoriamente” implementada (isso é, levada a efeito mas ainda pendente de aprovação definitiva) transformou-se em preocupação por aprovar, apenas e tão somente, operações cujos efeitos sejam positivos para o mercado.

Confluyente com o panorama apresentado – em que a concorrência ultrapassa as barreiras territoriais dos Estados mas impacta diretamente no desenvolvimento da economia e bem-estar social nacionais –, o presente estudo intenciona identificar meios de se considerar e aplicar o critério da eficiência como um dos que devem nortear a tutela antitruste, através da abordagem da noção de concorrência e do processo de inovação tecnológica sob o enfoque da teoria schumpeteriana, aplicando-a ao novo contexto do ordenamento jurídico brasileiro de análise prévia dos atos de concentração.

Nesse sentido, foram analisados alguns dos mais relevantes aspectos e contribuições dessa teoria para o sistema econômico-jurídico, com preocupação a respeito das consequências acarretadas ao âmbito social diante do prestígio pela busca de inovações tecnológicas, enquanto possíveis responsáveis pelo rompimento do sistema de equilíbrio perfeitamente competitivo.

⁷Deve-se ter em conta que acordos entre *players* localizam-se sob uma tênue divisória que delimita a fronteira entre o controle preventivo de concentrações e o controle repressivo das condutas consideradas anticompetitivas, uma vez que não é possível determinar sua natureza jurídica nem como situação de concentração, nem como uma conduta contrária ao ordenamento.

Da mesma forma, foram identificadas manifestações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) potencialmente convergentes com o racional schumpeteriano, a partir das quais se buscou enumerar pontos de adesão entre o modelo teórico e a realidade nacional.

E assim, com uma visão fiel ao cenário real da concorrência no Brasil, e em atenção à sua finalidade social e considerando-se o contexto legislativo, pretendeu-se demonstrar em que ponto se mostra pertinente e de que forma se vislumbra viável a aplicação dos preceitos schumpeterianos no âmbito da concorrência no Brasil.

1. A CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito positivado é a fonte de direito mais próxima e com aplicação imediata que a tradição jurídica consagra. Assim, antes mesmo que se possa adentrar a análise de conceitos teóricos relacionados ao cerne do trabalho, mostra-se pertinente apresentar e delimitar o universo jurídico amparado pelas normas relacionadas ao direito da concorrência brasileiro, vez que se consubstanciam no principal instrumento para implementação da política antitruste e consecução do fim econômico e social almejado.

Para tanto, será definido o universo jurídico no qual as normas da concorrência surgiram e estão inseridas – considerando-se o ordenamento jurídico pátrio –, identificando-se o ramo do direito próprio, o fundamento constitucional e sua regulamentação em nível federal.

O ponto de partida desta análise tem o crescimento das necessidades humanas conjugado com a escassez de recursos, que faz surgir a necessidade de regulação quanto ao uso e destinação dos recursos e bens tidos como “úteis e escassos”.

Tais bens podem ser classificados em diferentes categorias (quanto à natureza de material ou serviço, consumo ou produção, uso exclusivo ou coletivo etc). Sua tipificação e definição de seu “valor de troca” possibilita o emprego da moeda como instrumento de troca, cuja quantidade é definida conforme valor equivalente daquele bem.

Tal padronização reclama uma harmonização sistemática, possível de ser obtida se não pela adoção de regras e padrões de direito correspondentes aos de economia.

Assim, chega-se à primeira premissa, segundo a qual o direito e a economia são ciências sociais com diversos pontos comuns, nos quais se mostram áreas de pesquisa e atuação interdependentes. O direito regula a economia – desde a forma

de execução da política econômica, em sentido amplo, até os direitos patrimoniais dos indivíduos, em sentido estrito – tanto quanto a economia direciona o direito.

A partir dessa relação mútua, passa-se a pensar no ramo de “Direito Econômico” para além do direito positivado em si, vislumbrando-se este campo como um método em si, dotado de mecanismos de análise e aplicação próprios:

[...] pensar Direito Econômico é (...) compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal. É concebê-lo – o Direito Econômico – como um novo método, substancial e crítica, que o transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico⁸.

Em sentido mais pragmático, é certo que o capitalismo se firmou como um sistema econômico “baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimentos de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado”⁹.

E nesse âmbito, a ciência do Direito Econômico pode ser compreendida como ponto no qual as normas de direito encontram e regulam a atividade econômica e atuação dos agentes. Para DEL MASSO, o Direito Econômico pode ser definido como “a reunião das normas que regulam a estrutura (Ordem Econômica) e as relações entre os agentes econômicos na realização da atividade econômica”¹⁰.

No mesmo sentido, partindo dos elementos “dirigismo racional” e “conflito de interesses”¹¹, CARVALHOSA define a matéria nos seguintes termos:

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹⁰ DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico esquematizado*. São Paulo: Método, 2012 (p. 8).

¹¹ “O dirigismo racional do processo econômico, ao se caracterizar, de um lado, pelo patrocínio estatal e, de outro, pela preservação da autonomia relativas das entidades produtivas, estabelece um conflito de interesses fundamental e específico” - CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 358.

[...] conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem econômica, conciliando, ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos objetivos estes assegurados pelo princípio da constitucional da livre iniciativa.”¹²

Indo além, ao detalhar o Direito Econômico enquanto ramo do direito relacionado à atuação do Estado no direcionamento da ordem econômica, BAGNOLI define esta matéria como instrumento jurídico capaz de dar segurança às práticas econômicas, capaz de garantir – pela atuação do Estado – a ordem econômica e social. Trata, ainda, como ramo autônomo do direito, dotado de sujeitos, objeto, normas e campo de atuação próprios, colocados em harmonia com os demais ramos do direito:

Seus sujeitos são os agentes econômicos que atuam no mercado, como empresas, grupos econômicos, Estados, organismos, seja nacional, seja internacional, público ou privado, e o próprio indivíduo. Seu objeto é a realização da justiça por meio de política econômica. Além das normas tradicionais, há normas cujo conteúdo é sempre econômico. São normas: programáticas, que enunciam e orientam; premiais, que estimulam e incentivam; e objetivas, que definem as políticas públicas. Quanto ao seu campo, o econômico, inclusive previsto na Constituição Federal de 1998, art. 24, I. [...] é a disciplina autônoma do Direito, interdisciplinar jurídica e econômica, que se ocupa do tratamento jurídico da política econômica do Estado e da relação entre os indivíduos e os agentes do mercado, para alcançar o bem-estar social¹³.

Detalhando a relação do Direito Econômico com o Estado, LEOPOLDINO DA FONSECA aponta que seu papel é intermediar o embate entre o poder econômico privado e o poder econômico estatal, através do direcionamento das relações, pelo Estado, com propósito macroeconômico vinculado à sua política. Assim, o Direito

¹² CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Op. Cit.*, p. 361.

¹³ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013 (p. 21-23).

Econômico se diferencia dos demais ramos do direito exatamente por guardar essa relação estreita com a direção da política econômica pelo Estado¹⁴.

Finalmente, ao conferir sentido tão teórico quanto prático ao Direito Econômico, BERCOVICI pontua:

[...] o direito econômico é tanto um ramo como um método do direito. É o direito econômico que instrumentaliza a política econômica do Estado, assim como um método que permite compreender o direito como parcela da realidade social, como mediação específica e necessária das relações econômicas¹⁵.

Assim, pode-se inferir que o Direito Econômico está para o direito da mesma forma como os agentes econômicos estão para o Estado. Ou seja: direito e Estado, no sentido amplo, tem na esfera do Direito Econômico e dos agentes, respectivamente, o papel de regular as atividades desenvolvidas no mercado e direcionar os rumos da economia.

Dessa forma, é certo que qualquer análise do direito que impacte no campo econômico – e, portanto, relacione as duas ciências – encontra guarida no âmbito do Direito Econômico e deve ser considerada tanto do ponto de vista jurídico como econômico. Exatamente por isso, o desenvolvimento do presente estudo pressupõe a compreensão do campo de atuação do Direito Econômico, seu escopo e sua aplicação.

Uma vez definida a identidade do Direito Econômico, necessário analisar suas manifestações na malha forense e efetiva positivamente do ordenamento pátrio. Para tanto, parte-se da análise do texto constitucional e exploração do conceito da “Constituição Econômica”.

O debate em torno da “Constituição Econômica” surgiu no início do século 20, a partir da percepção de ineficiência da estrutura liberal de mercado. A partir daí, as

¹⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004 (p. 19).

¹⁵BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: QuartierLatin, 2011. (p. 12).

Cartas deixam o perfil liberal para adotar características voltadas à organização estrutural do sistema.

[...] a característica essencial das Constituições econômicas do século XX é, portanto, o seu caráter diretivo ou dirigente [...]. A Constituição Econômica torna mais clara a ligação das constituições com a política e com as estruturas sociais e econômicas¹⁶.

A teoria da “Constituição Econômica”, então, passou a estabelecer que uma sociedade apenas poderia ser constituída com fundamento na economia de mercado como sua organização econômica se houvesse regras que assegurassem o bom funcionamento do mercado – por meio da fiscalização das relações econômicas –, conforme defendido pelas principais teorias econômicas e sociais.

[...] entendem-se constituições econômicas aquelas Cartas que possuem em artigos esparsos de seu texto ou em títulos ou capítulos específico temas econômicos, ou seja, atribuir ao tema econômico sentido jurídico¹⁷.

Ou seja: a Constituição Econômica trata da matéria econômica em seu bojo, ainda que não de forma segregada ou sistematizada. Ela estabelece qual o padrão de regulamentação para um determinado sistema econômico e seu funcionamento.

E assim, também de acordo com BAGNOLI, o Estado se ocupa dos temas econômicos no âmbito constitucional, assegurando-se de meios para controlar os efeitos econômicos e garantir segurança jurídica à matéria, resultando assim na “Ordem Jurídico-Econômica”.

Compreendidas no âmbito da matéria de Direito Econômico, as regras de cunho concorrencial podem ou não estar expressamente previstas na Constituição. Nesse sentido, o sistema americano (*Common Law*) não conta com qualquer norma constitucional em matéria de concorrência, o que não implica que tais normas sejam

¹⁶BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005 (p. 37).

¹⁷ BAGNOLI, *Op. Cit.*, 2013 (p. 41).

aplicadas de maneira inferior às normas de organização econômica, tal qual determinado pela teoria da Constituição Econômica em sentido formal¹⁸.

O Tratado de Constituição da Comunidade Europeia é um exemplo de como essas regras antitruste tem natureza constitucional econômica, uma vez que tal temática serve de esteio para a integração econômica do bloco europeu, que não conta com um estado organizado. Entretanto, a autorregulação do mercado não parece ser suficiente para garantir os preceitos concorrenciais.

Nesse sentido, um sistema esmerado na Constituição Econômica deve operar considerando duas vertentes mandatórias: (i) a análise das regras existentes para os atores econômicos quando exercem sua atividade econômica, sejam agentes privados ou o Estado; e (ii) a definição de qual a comunicação que existe entre o poder de fiscalização e regulamentação do Estado com o sistema da concorrência – definição essa que, de forma definitiva, vincula e torna o Estado responsável pelas estruturas sociais e econômicas existentes, e define a esfera do Direito da Concorrência:

O Direito da Concorrência pode ser entendido como o ramo do Direito Econômico que visa garantir que o relacionamento entre concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista¹⁹

Tomando-se a realidade brasileira como contexto, algumas ponderações se mostram pertinentes. A interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica é de difícil análise, uma vez que termos imprecisos são empregados. O Artigo 174, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que é função do Estado regulamentar a atividade econômica. Ocorre que este dispositivo apenas afasta o caráter de dirigismo econômico, de forma que não define qual é o grau de intervencionismo permitido ao Estado na economia do país. Pela redação do referido artigo, é possível que haja intervenções na economia mais leves e outras mais radicais.

¹⁸BAGNOLI, *Op. Cit.*, 2013(p. 62).

¹⁹ LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. *In Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 231.

A análise conjugada com os princípios do Artigo 170, da Constituição Federal, também não esclarece essa extensão, delegando-se sua interpretação de “livre iniciativa”, “justiça social”, “propriedade privada” e “função social da propriedade” ao aplicador do direito.

Essa imprecisão torna aceitável que o Estado adote políticas consideradas controversas para o âmbito da defesa da concorrência. Um dos principais exemplos desse tipo de medida é o caso do programa de financiamento do BNDES com o objetivo de criar campeãs nacionais. O Estado elege o setor e busca criar mercados, garantindo condições de seu desenvolvimento ou mesmo favorecendo determinados setores com incentivos alinhados com seu interesse. Desde a siderurgia nacional, até a isenção de produtos industrializados, o que se testemunha é a atuação do Estado interferindo na dinâmica dos mercados, por vezes inclusive favorecendo o surgimento de monopólios ou oligopólios.

Assim, cumpre verificar até que ponto a aplicação de princípios de direito concorrencial pode atuar como limitadora da ação do Estado ou da conduta dos agentes econômicos privados e quando a política e regulamentação desenvolvidas pelo Estado, em determinados setores, contribuem para a exclusão do uso das normas de direito concorrencial.

Para tanto, e de forma que se possa aprofundar a análise, útil destrinchar com maior detalhe as normas aplicáveis ao direito da concorrência, porquanto ferramentas do Estado para legitimar sua atuação.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu Título VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, as diretrizes fundamentais que norteiam as atividades econômicas a serem desenvolvidas em âmbito nacional. Por meio do Capítulo I, intitulado de “Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica”, o texto constitucional determinou os nove princípios²⁰ que regulam a ordem econômica brasileira: (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da

²⁰Estes princípios foram expressamente previstos na Constituição Federal com o fim de promover a justiça social, preservar a dignidade humana e o bem-estar-social, integrando esses valores ao desenvolvimento econômico produzido pela iniciativa privada dentro de uma ótica capitalista e de liberdade de exercício de atividade econômica.

propriedade; (iv) defesa do consumidor; (v) defesa do meio ambiente; (vi) redução das desigualdades regionais e sociais; (vii) busca pelo pleno emprego; (viii) tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país e, aquele que mais interessa ao recorte feito por esse trabalho, (ix) o princípio da livre concorrência.

O princípio da livre concorrência, no ordenamento brasileiro, é o resultado da interpretação conjugada do inciso IV, do artigo 170 – que determina expressamente a livre concorrência - e do §4º, do artigo 173, da Constituição Federal – que estabelece que as leis sejam positivadas de forma a coibir o abuso do poder econômico que tenha por finalidade a dominação dos mercados, o aumento arbitrário dos lucros e, especialmente, a eliminação da concorrência entre os *players*. Desse modo, o texto constitucional conferiu ao Estado a permissão para interferir nas atividades dos agentes econômicos privados sempre que estas forem praticadas com abuso e capazes de limitar ou impossibilitar a concorrência no mercado.

Nesse sentido, verifica-se uma sobreposição harmônica entre o princípio da livre concorrência e o princípio da livre iniciativa. Especialmente no âmbito da iniciativa privada – considerando as atividades regulamentadas e de forma vinculada à valorização do trabalho humano e à legalidade –, a liberdade de atuação do agente econômico privado limita-se pela concorrência, de modo que nenhuma atividade mercantil por ele praticada pode se dar de forma a neutralizar a concorrência no mercado em que está inserido.

Assim, o princípio da livre iniciativa balizado pela regulação da livre concorrência constitui elemento essencial para o desenvolvimento econômico-financeiro de um país, uma vez que a livre concorrência deve ser entendida como o pressuposto lógico da economia de mercado, do sistema capitalista e, conseqüentemente, do Estado liberal²¹. Portanto, a tutela constitucional da concorrência revela-se como o principal instrumento para a realização de diversas políticas públicas, haja vista que o princípio da livre concorrência constitui-se como o

²¹TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 255.

principal garantidor do mercado produtivo e, dessa maneira, dos interesses individuais dos consumidores.

Nesse âmbito, a atuação do Estado é um dever, que deve ser cumprido de acordo com as diretrizes constitucionais e propósitos diretivos do governo nos âmbitos social e econômico:

[...] não é mais passível de grandes questionamentos que a efetividade de algumas políticas públicas no Estado contemporâneo depende da capacidade de se assegurar a adesão dos interesses sociais e econômicos com os quais a ação pública interage. Refere-se aqui às políticas cujos resultados não decorrem apenas da atuação estatal, mas também, da forma como essa ação se posiciona diante de interesses em conflito, ou ainda, de como a política visa conformar esses interesses na direção dos objetivos desejados²².

Trata-se, pois, de um dos meios de o Estado efetivar os objetivos sociais constitucionalmente inscritos, especialmente aqueles relacionados com a ordem do consumidor, tendo em vista que ao mesmo tempo em que fomenta a ordem econômico-financeira, a defesa da concorrência permite ao Estado controlar a relação empresa-consumidor, principalmente quanto ao equilíbrio da oferta e da demanda e da prática de preços justos, por meio da eliminação de atos de concentração que afrontem ao princípio da livre concorrência.

A partir dos preceitos constitucionais de ordem econômica – que permitem concluir pelo dever do Estado de regular, com maior ou menor intervenção, o poder econômico –, passa-se à análise da efetivação da atuação do Estado no âmbito da economia, por suas diversas perspectivas.

Assim como é certo que o controle do poder econômico não é a única atribuição do direito econômico, também é sabido que o direito da concorrência, como subárea do direito econômico, não é a única forma de que o Estado dispõe para lidar com o processo de

²²SHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013 (p. 99-101).

concentração das estruturas de produção econômica inerente ao desenvolvimento capitalista”²³.

No âmbito infraconstitucional – durante a vigência da Carta de 1937 – e materializando a atuação estatal econômica em matéria de concorrência, o Decreto-lei 7.666 de 1945 (conhecido como Lei Malaia²⁴) foi a primeira norma de matéria concorrencial no Brasil. Com a criação da Comissão de Defesa Econômica, veio a previsão de expropriação de conglomerados que exercessem suas atividades de forma contrária ao interesse nacional.

A norma chegou a ser revogada, voltando o abuso ao poder econômico a ser tema endereçado pela Constituição de 1946 – então com uma atuação mais ostensiva do Estado, controlando a atividade em diversos setores.

Já em 1962, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado pela Lei nº 4.137, inicialmente concebido como órgão diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros – portanto, com autonomia restrita – e posteriormente “rebaixado” à qualidade de autarquia, e que tinha por finalidade, em um primeiro momento, a apuração e a repressão dos abusos do poder econômico.

Os primeiros anos de atividade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foram de atividade tímida e pouca eficácia material, sobreposto que era pela atuação direta do Estado.

Adiante, porém, já na vigência da atual Carta e com o advento da Lei nº 8.884/1994, foram assentados os elementos essenciais para efetivar a autonomia necessária ao órgão para exercer o controle das condutas e práticas de caráter anticoncorrencial.

Ao regulamentar a sistemática concorrencial no ordenamento brasileiro – até a sua parcial revogação –, a Lei nº 8.884/1994 estabeleceu um microsistema

²³SHAPIRO, *Op. Cit.*, 2013 (p. 99-101).

²⁴ Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f145d523f228fc06103d0f58ec54>, acessado em 24/05/2014.

jurídico específico para a concorrência, por meio da determinação de princípios próprios encadeados por uma lógica autônoma²⁵.

Na verdade, a finalidade precípua dessa legislação era garantir a concretização do princípio constitucional da livre concorrência com o objetivo da promoção do desenvolvimento do mercado brasileiro. Nesse sentido, a Lei nº 8.884/1994 prescrevia a concorrência como um dos parâmetros basilares da ordem econômica – em conformidade com o estabelecido no artigo 170 da Constituição Federal –, configurando-se como um dos instrumentos para o atingimento das finalidades sociais estipuladas constitucionalmente, dentre os quais a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a Lei nº 8.884/1994 prestou-se, essencialmente, a regulamentar os artigos 170, inciso IV, e 173, § 4º, da Constituição Federal, por meio da regulação das relações de concorrência no mercado brasileiro.

O objetivo precípua da Lei nº 8.884/1994 era prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, fundamentada pelos princípios e preceitos constitucionalmente previstos. Ou seja, havia uma intenção clara do legislador em harmonizar o texto constitucional com a normativa infraconstitucional, conforme anteriormente salientado.

Nesse sentido, a Lei nº 8.884/1994 tinha como função tutelar bens jurídicos indivisíveis de natureza transindividual, dos quais eram titulares pessoas indetermináveis com vínculos gerados por situações de fato, sem a presença de uma relação jurídica no aspecto subjetivo. Ou seja, a norma objetivava a garantia de um direito subjetivo da coletividade ou, em outras palavras, tinha por finalidade assegurar condições de livre concorrência no mercado brasileiro a todos os agentes econômicos privados em prol do desenvolvimento de preceitos econômicos sociais relacionados à coletividade²⁶.

²⁵PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Maleiros, 2001, p.34.

²⁶ Vide artigo 1º da Lei nº 8.884/1994

A Lei nº 8.884/1994 efetivou a tutela desses bens jurídicos por meio da avaliação dos atos potencialmente lesivos ou efetivamente lesivos à ordem econômica – atos passíveis de limitar ou prejudicar a concorrência no mercado brasileiro – à análise do CADE. Dessa forma, é possível constatar que a intenção primordialmente sustentada pelo legislador infraconstitucional foi de, por meio da Lei nº 8.884/1994, balizar a atuação dos agentes econômicos privados no mercado brasileiro, por meio de mecanismos de regulação da livre concorrência.

Por isso, sempre que identificadas infrações cometidas pela prática de atos potencialmente lesivos ou efetivamente lesivos à ordem econômica, a Lei nº 8.884/1994 previa a aplicação de sanções ao agente econômico privado. Desse modo, a legislação expressamente previa, nos artigos 20 e 21, as condutas que caracterizariam infrações da ordem econômica, dentre as quais se pode, exemplificativamente, citar: (i) limitação, falseamento ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) domínio do mercado relevante de bens ou serviços; (iii) domínio do mercado relevante de bens ou serviços; (iv) exercício, de forma abusiva, de posição dominante; (v) fixação ou prática, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; (vi) obtenção ou influencia na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (vii) divisão dos mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (viii) limitação ou impedimento do acesso de novas empresas ao mercado; (ix) práticas que criem dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (x) impedimento do acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

Os §§ 1º e 2º dispensaram tratamento ao tema da conquista de mercado. No §1º, o dispositivo normativo define que a conquista de mercado resultante de processo natural assentado na maior eficiência do agente econômico privado quando comparativamente aos outros *players* não caracteriza a denominada dominação de mercado defesa em lei. Por sua vez, o §2º tratou de definir a posição dominante.

Em suma, a Lei nº 8.884/1994, ao regulamentar os artigos 170, inciso IV, e 173, § 4º, da Constituição Federal, prescreveu a responsabilização do Estado pela regulação das condutas dos agentes econômicos privados no mercado brasileiro, monitorando e condicionando as atividades econômicas por eles praticadas, de forma a coibir atos potencial ou efetivamente lesivos à ordem econômica que ensejassem a limitação ou impossibilidade de um ambiente mercadológico propício à concretização do princípio da livre concorrência entre os *players*.

Mais recentemente, em 29 de maio de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.529/2011 que, revogando parcialmente a Lei 8.884/1994, estabeleceu as novas diretrizes infraconstitucionais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A atual Lei de Concorrência foi editada com a finalidade de reestruturar e aprimorar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), dispondo igualmente sobre a prevenção e repressão de atos que consistam em infrações contra a ordem econômica.

Em linhas gerais, a Lei nº 12.529/2011, possibilitou uma reforma estrutural dos órgãos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), além de ter delimitado as bases normativas que regulamentam os procedimentos de fiscalização, análise e punição referentes aos atos de concentração submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Nesse sentido, passaram a ser fundamentalmente atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): (i) análise prévia dos atos de concentração empresarial (fusões e incorporações de empresas); (ii) punição dos agentes privados que pratiquem atos contrários à ordem econômica (cartéis, preços predatórios); (iii) difusão da “cultura de concorrência” (advocacia de concorrência).

Do exame superficial da Lei nº 12.529/2011, é importante salientar que, em decorrência das premissas e princípios constitucionais que fundamentavam a Lei nº 8.884/1994 terem sido integralmente incorporados pelo corpo normativo da Lei nº 12.529/2011, é desnecessário promover nova análise desses elementos basilares.

Desse modo, a análise subsequente restringe-se às peculiaridades apresentadas pelo novo texto normativo do sistema concorrencial brasileiro.

A partir da Lei nº 12.529/2011, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a ser composto por quatro órgãos: Tribunal Administrativo (órgão responsável pelas decisões administrativas de casos de alta complexidade), Superintendência-Geral (órgão responsável pela análise dos atos de concentração submetidos ao CADE), Departamento de Estudos Econômicos (órgão que presta assistência na análise dos atos de concentração) e Procuradoria Federal Especializada (órgão de representação judicial). Essa nova composição estrutural alargou ainda mais as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que passou a orientar, fiscalizar, prevenir e apurar os abusos do poder econômico, além de lhe atribuir a responsabilidade pela análise prévia dos atos de concentração econômica.

Não obstante a reformulação das estruturas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Lei nº 12.529/2011 também inovou naquilo que concerne aos mecanismos de controle dos atos de concentração econômica, estabelecendo significativas modificações ao regime estabelecido pela lei anterior. A partir da nova legislação, são introduzidas as figuras do controle preventivo e do controle repressivo, a seguir, pormenorizadas.

O artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 prescreveu que todos os atos de concentração em que pelo menos um dos agentes envolvidos registre faturamento bruto anual ou volume de transações totais no país, no ano anterior à operação de concentração, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, cumulativamente com outro agente que registre faturamento bruto anual ou volume de transações totais no país, no ano anterior à operação de concentração, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões, devem ser submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)²⁷. Dito de outra maneira, a Nova Lei de Concorrência assentou que a submissão dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa

²⁷ Valores originalmente previstos na lei (R\$ 400 milhões e R\$ e 30 milhões) majorados pela Portaria Interministerial nº 994/2012, publicada no Diário Oficial da União em 31/5.

Econômica (CADE) se dá em função do *marketshare* dos agentes econômicos envolvidos²⁸.

Outrossim, o dispositivo normativo definiu os atos de concentração como os que acarretam a eliminação da concorrência em parcela majoritária do mercado relevante, de forma a determinar que o agente econômico detém posição dominante em mercado de bens ou serviços.

Com efeito, o artigo 88 estipulou as bases para a conceituação de atos de concentração. Contudo é o artigo 90 que delimita concretamente o instituto. Nesse sentido, passaram a ser considerados atos de concentração: (i) operações de fusão entre duas ou mais empresas que, em momento anterior ao do ato, eram independentes; (ii) aquisição do controle ou partes de uma empresa por outra empresa; (iii) incorporação de uma ou mais empresas por outra empresa; (iv) associações, consórcios ou *joint ventures* entre duas ou mais empresas.

Mas talvez a alteração mais relevante promovida pela Lei nº 12.529/2011 diga respeito ao momento da análise dos atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Conforme o §2º do artigo 88 da nova norma da concorrência, o controle dos atos de concentração passou ser efetuado previamente à consumação desses atos, devendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) analisá-los em até 240 (duzentos e quarenta) dias após o protocolo da petição ou de sua ementa. Ainda, em consonância com o §3º desse mesmo dispositivo normativo, a consumação de atos de concentração lesivos da ordem econômica enseja a imposição de sanção na forma de multa pecuniária. Finalmente, o §4º do artigo 88 determinou a manutenção das condições de concorrência entre as empresas envolvidas no ato de concentração, sob pena de aplicação também do inciso 3º desse dispositivo.

Cumprido reconhecer que a adoção do regime de análise prévia dos atos de concentração possibilitou o alinhamento da norma nacional com as leis internacionais tidas como mais evoluídas, e veio atender à expectativa de

²⁸Na verdade, trata-se de uma tentativa de tornar obrigatória somente a submissão de atos de concentração de vultuosa relevância para controle pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

concretização do princípio da livre concorrência, uma vez que impede a consolidação de atos irreversíveis do ponto de vista prático. Afinal, anteriormente à edição da Lei nº 12.529/2011 era permitido aos agentes econômicos privados firmar o negócio, colocando-o em prática desde pronto, antes de qualquer tipo de determinação ou pronunciamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), importando em situações irreversíveis. Com a antecipação do momento de análise do ato de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), situações – irreversíveis ou não – não se concretizam sem a manifestação da autoridade.

Com efeito, em razão da determinação normativa de notificação prévia do ato de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as empresas envolvidas na operação passaram a ter um interesse maior na agilização do processo de autorização do ato de concentração, o que as estimula ao fornecimento da maior gama possível de informações relevantes, com a finalidade precípua de motivar a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), possibilitando ao órgão expedi-la o mais brevemente possível.

A contrapartida necessária dessa maior participação das empresas foi o compromisso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em atuar da forma mais célere possível, de modo a se evitar que as decisões sejam proferidas tardiamente e, em certos casos, até de maneira a não mais confluir com os interesses empresariais envolvidos. Nesse sentido, o prazo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para adotar uma decisão referente ao ato de concentração oferecido para análise é de 240 (duzentos e quarenta) dias, prorrogáveis, uma única vez, por 60 (sessenta) dias ou por no máximo 90 (noventa) dias por decisão do Tribunal Administrativo, conforme previsão do §9º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011. Fato é que tais prazos vem sendo cumpridos antecipadamente pelo órgão, conforme balanços de sua atuação divulgados anualmente²⁹. Isso sem mencionar a destacada atuação recente do órgão na advocacia da concorrência³⁰ junto à comunidade, especialmente jurídica.

²⁹ Em eventos institucionais ocorridos após um ano de vigência da nova lei, o CADE divulgou que o tempo médio de avaliação dos atos de concentração ficou abaixo de 30 (trinta) dias. No mesmo

Ainda sobre o controle preventivo, o §8º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 determinou que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (DNRC/MICT) devem comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quaisquer mudanças de controle acionário que ocorram em companhias abertas, bem como os registros de fusão, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis. Tal medida visa possibilitar o monitoramento, pelo órgão da concorrência, de atos que não lhe sejam submetidos.

A atual lei de concorrência também apresentou norma relativa à regulamentação do controle repressivo. O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 aprimorou o rol de condutas e práticas mercantis que ensejam infração da ordem econômica, tomando por base o quanto previsto na norma anterior e a experiência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em sua aplicação³¹.

Outra alteração importante conduzida pela Lei nº 12.529/2011 concerne às multas aplicáveis em caso de infração da ordem econômica. Em casos em que a infração é cometida por empresa ou grupo econômico, a multa a ser aplicada pode variar entre 0,1% e 20% do faturamento bruto registrado no ramo da atividade afetado pela prática anticoncorrencial no ano anterior à instauração do processo de investigação da conduta. Já nos casos em que a prática se der por administrador, a multa é fixada entre 1% e 20% daquela multa aplicada à empresa.

Analisando criticamente a Lei nº 12.529/2011, é possível perceber a redução na operacionalização dos processos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de forma a proporcionar uma atuação mais ágil e objetiva no exame dos atos de concentração, respondendo às demandas por maior previsibilidade, racionalidade e eficácia nas decisões.

sentido: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?59ec3dcc24f90e15e16fc191a6aa> – acessado em 06/06/2014.

³⁰ Definição de “advocacia da concorrência” da International Competition Network: “Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness to the benefits of competition”.

³¹ A redação do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 reproduziu aquela do artigo 20 da Lei nº 8.884/1994.

Ademais, análise da norma vigente permite concluir que, em que pese critérios objetivos tenham sido estabelecidos – de forma a nortear os agentes e garantir o ambiente de segurança jurídica –, há margem de discricionariedade para se interpretar os atos e condutas a partir dos efeitos gerados no mercado. Nesse sentido, o § 6º, do referido artigo 88, excetua expressamente para fins de aprovação atos em que, não obstante alcançados os critérios mínimos de restrição, permita-se aumento da eficiência – seja na produtividade, qualidade, desenvolvimento tecnológico ou desenvolvimento econômico –, devidamente traduzida em benefício dos consumidores³².

No mesmo sentido, segundo CARVALHO, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode autorizar um ato de concentração que limite a concorrência desde que assegurados “aumento da produtividade, majoração da qualidade de bens e serviços, e geração de eficiências, com o consequente

32 O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal nº 8.078/90, estabelece no seu artigo 2º que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A definição legal apresenta imprecisão e gerou divergências na doutrina e na jurisprudência. O tema principal é identificar o que seria o “consumidor destinatário final”. Dessa divergência surgiram três vertentes principais: (i) a teoria maximalista; (ii) a teoria finalista; e (iii) a teoria finalista moderada.

Para a teoria maximalista, o consumidor, como descrito no CDC, é aquele que retira o bem do mercado de consumo, não importando a destinação que lhe seja conferida. Ou seja, o consumidor pode utilizar o produto ou o serviço para si ou ainda auferir lucro a partir dele. Para esta teoria trata-se de apontar o “destinatário fático”.

Ocorre que, nesta hipótese, o conceito é demasiadamente amplificado, prejudicando o intuito do CDC em proteger os consumidores tidos como vulneráveis e, além disso, provocaria a reação de que qualquer contrato, conferindo regras gerais para todo e qualquer agente do mercado e não apenas concentrado em relações jurídicas especiais, o que não parece ter sido a intenção do legislador.

A teoria finalista (também chamada de teleológica), por sua vez, busca conceder um raio de proteção maior ao consumidor e, por isso, foi mais bem aceita do que a teoria maximalista. Para essa vertente, deve ser analisado, nas relações de consumo, o “destinatário econômico”, estabelecendo-se assim um conceito restritivo de consumidor.

Um exemplo de aplicação dessa teoria pode ser encontrado nas relações de mútuo celebrados entre a instituição financeira e o empresário. Enquanto a Súmula nº 297, do Supremo Tribunal Federal, consolidou o entendimento de que esses contratos com instituições financeiras também estavam abrangidos pelo CDC, quando se tratar de contrato com pessoa jurídica para aquisição de insumos, a teoria finalista entende que não se trata de relação de consumo e há na jurisprudência pátria elementos que corroboram tal afirmação.

A teoria finalista parte do pressuposto de que o consumidor é vulnerável e, dessa forma, as pessoas jurídicas e os profissionais não poderiam ser assim considerados seja do ponto de vista jurídico, técnico ou fático.

A terceira vertente, conhecida como teoria finalista moderada, considera o disposto no artigo 2º, CDC, ao ponderar que o consumidor pode ser também uma pessoa jurídica. Dessa forma, passou-se ao debate sobre as circunstâncias em que as pessoas jurídicas poderiam ser assim consideradas. Assim, é estabelecido um sistema de presunções relativas, em que a pessoa física não profissional é presumida vulnerável, ao passo que a pessoa jurídica e o profissional teriam tratamento oposto. O Superior Tribunal de Justiça inclina-se, atualmente, para esta teoria (Ver STJ, REsp 476428/SC, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 19.04.2005), sendo, portanto, a considerada para este estudo.

desenvolvimento tecnológico e econômico”. Nesses casos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deve, ainda, “(i) assegurar a divisão equitativa dos benefícios decorrentes da fusão; (ii) cuidar para não eliminar a concorrência de parte substancial do mercado; e (iii) observar os limites necessários para atingir os objetivos concorrenciais”³³.

No mesmo sentido, DUTRA escreve que à parte da discussão se, uma vez identificadas eficiências decorrentes da efetivação de uma operação, a decisão pela aprovação do ato é discricionária ou vinculada, tem-se claro que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem se manifestando de forma a prestigiar o critério de eficiência na análise dos atos.

Presentes as eficiências, os efeitos do ato deixam de ser nocivos à concorrência. Ele passa a ser admitido plenamente, não mais fala-se em restrição à livre concorrência.³⁴

Finalmente, para Gustavo Madi Rezende e Silvia Fagá de Almeida, “a defesa da concorrência considera a dicotomia entre os benefícios de uma produção mais concentrada e os efeitos positivos de uma estrutura concorrencial mais pulverizada. Diante disso, a defesa da concorrência tem por objetivo central a eficiência econômica, traduzida pelo balanço entre os potenciais benefícios e prejuízos de cada estrutura, mas sem perder a dimensão de que os interesses dos consumidores finais devem ser preservados”³⁵.

A esse respeito, tem-se notado tendência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de considerar as eficiências geradas a partir dos atos de concentração ao decidir pela aprovação, com ou sem restrição, de operações, bem como na formalização de Termos de Compromisso de Desempenho³⁶, formalizados com a finalidade de garantir efeitos posteriores à aprovação de atos.

³³ SHAPIRO, *Op. Cit.*, 2013.

³⁴ DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico*. Revista de Direito Econômico, n. 23, abr./jun. 1995, Famma Gráfica & Editora.

³⁵ SHAPIRO, *Op. Cit.*, 2013.

³⁶ Admitidos nos termos do artigo 10, inciso VII, da Lei nº 12.529/2011.

Ou seja: resta expressamente positivado, reconhecido pela doutrina e ratificado por manifestações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que a concentração, em si, não enseja restrições, mormente quando alcançada por méritos do agente, e quando geradas eficiências reversíveis em benefício dos consumidores. Dessa forma, os movimentos devem ser avaliados a partir do impacto que geram no mercado.

Em relação a tal ponto, pode-se intuir que a adoção do sistema de análise prévia dos atos seja capaz de gerar alguma restrição à percepção das eficiências geradas, uma vez que analisadas apenas “em tese” por meio de estimativas e projeções (antes de consumadas, portanto). Em sua defesa, porém, aponta-se a maior segurança jurídica sobre a consumação das operações, efetivada apenas quando e se autorizada pelo órgão antitruste.

Logo, um caminho intermediário surge como melhor opção, sempre que possível se endereçar as preocupações e se valer dos benefícios de cada alternativa, sem que isso represente um retrocesso ao avanço legislativo observado ou desrespeito às normas vigentes.

Feito esse diagnóstico dos direitos econômico e (em espécie) concorrencial positivados, e a partir da percepção de que o cenário legal reconhece a “eficiência” como um dos critérios pertinentes da análise concorrencial, passa-se à análise teórica do modelo schumpeteriano, para permitir a posterior avaliação de sua adesão à realidade nacional.

2. O MODELO SCHUMPETERIANO

2.1. CONCEITUAÇÃO

Estabelecido o arcabouço legal ora vigente no país, e conhecidas as principais características e parâmetros para a atuação estatal, de rigor a compreensão de determinados aspectos teóricos do modelo schumpeteriano que podem influenciar e orientar a forma mais adequada de interpretação e aplicação das normas vigentes.

Do ponto de vista histórico-científico, foram três os grupos que alcançaram maior notoriedade na comunidade científica ao tratar do tema econômico da concorrência.

Nos Estados Unidos, as Escolas de Harvard e Chicago polarizaram os holofotes entre seus estudos. A Escola de Harvard, desenvolvida a partir dos anos 1950, teve entre seus principais expoentes John M. Clark, Phillip Areeda, D. Turner e Blake. Também denominada estruturalista, defendia que a concorrência deve ser buscada como um fim em si mesma, a fim de salvaguardar o funcionamento do mercado. Interpretava que concentrações excessivas de poder poderiam implicar em disfunções prejudiciais ao fluxo das relações econômicas.

Para os estudiosos da Escola de Harvard, o caminho para garantia da concorrência seria a prevenção às grandes concentrações e, por consequência, favorecimento à entrada e coexistência de agentes de um mesmo mercado:

O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesmo. Dessa forma, mantém-se a estrutura pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado³⁷

³⁷ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo: 2008 (p. 169 e 170).

Já a Escola de Chicago, contemporânea à escola de Harvard, ganhou notoriedade a partir dos trabalhos desenvolvidos por Aaron Director e Ronald Coase. No entanto, seu principal expoente nas décadas seguintes seria Richard Posner.

Esta linha doutrinária partia da teoria do preço para desenvolver as análises de direito antitruste. A concorrência, para estes teóricos, era tida a partir da análise da eficiência produtiva, em que havia a busca por uma produção com custos cada vez menores.

Para Posner, a eficiência é a utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens.³⁸

Esta hipótese teórica sugere maior preponderância dos detentores dos menores custos de produção a ações para criação ou manutenção de posições dominantes no mercado³⁹. Por esta lógica, seria possível conviver com monopólios se estes fossem instrumentos para atingir um maior nível de eficiência.

Para seus defensores, a redução de custos de produção ensejava a redução de preço, sendo o conceito de eficiência intrinsecamente ligado ao bem-estar do consumidor. Por sua vez, este bem-estar seria medido a partir das premissas da teoria marginalista, em que o preço de um produto não se determina pelo custo para produzi-lo, mas sim pelo valor a ele atribuído pelo consumidor final⁴⁰.

Entretanto, a relação entre o bem-estar do consumidor e o direito da concorrência poderia ser conflituosa, uma vez que em nome do primeiro poder-se-ia ser leniente em relação aos atos de concentração, ao passo que atos de controle e repressão poderiam não atender ao interesse do consumidor final. Para solucionar este problema, a Escola de Chicago, por ocasião do *Sherman Act*, nos Estados

³⁸LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Op. cit.*, p. 37.

³⁹ Maiores informações sobre a Escola de Chicago podem ser encontradas em POSNER, Richard. "The Chicago School of antitrust analysis", in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 127, 1979 (p. 922).

⁴⁰Ver HUTSCHINSON, Terence Wilmot. *A review of economic doctrines, 1870-1929*, Oxford: Clarendon Press, 1953 (pp. 183-190).

Unidos, concluiu pela preponderância do interesse do consumidor no direito concorrencial, fiando-se na teoria da maximização da riqueza.

Não obstante a influência da Escola de Chicago no direito norte-americano, recentemente críticas foram dirigidas a ela em matéria de disciplina dos comportamentos, e geraram uma nova escola de pensamento conhecida como “pós-Chicago”. Contudo, a teoria ainda é dominante no controle de estruturas.

Defendendo ideias distintas, o terceiro grupo de estudiosos que ganhou destaque foi aquele da Escola de Freiburg, que se desenvolveu na década de 1930 em oposição às crises enfrentadas pela República de Weimar e pela discordância dos fundamentos da economia nazista. Nos anos 1970, seus preceitos foram retomados em contraponto à Escola de Chicago.

Para esses teóricos, garantir a competição era primordial para o funcionamento de uma economia de mercado. Assim, a ordem privada idealmente deveria ser dotada de autocoordenação e autocontrole.

A primeira premissa estaria relacionada com as relações jurídicas privadas, alicerçadas pelo direito de propriedade e das obrigações, o que implica dizer que a definição de bem-estar do consumidor não era tão clara, sendo apenas um marco teórico de difícil aplicação.

A segunda premissa, por sua vez, se referia à definição de concorrência, pois não era possível, para a Escola de Freiburg, que se admitisse um objetivo econômico para o direito concorrencial, de forma que a informação e a liberdade de escolha permitissem ao mercado encontrar as melhores ofertas e identificar o comportamento racional esperado. Assim, a concorrência seria a formação da opinião e, portanto, não bastaria o preço não ser artificial, mas também a existência de opções entre produtos, baseando-se em outras características como qualidade e costume do consumidor. Essa possibilidade de escolha deveria ser pelo menos potencial, não sendo exigida a sua existência real. Logo, a análise dessa teoria tinha por intuito verificar se foram produzidos entraves para a entrada de mais competidores ou não.

É certo que as escolas descritas acima trouxeram relevantes contribuições para a teoria da concorrência no âmbito econômico e também jurídico. No entanto, ainda que notórias e influentes, denota-se que nenhuma das teorias apresentou uma solução perfeita para a análise do direito concorrencial e seus objetivos, ou mesmo enfrentou – ou, ao menos, solucionou – o desequilíbrio entre o aumento da demanda e diminuição dos recursos.

Nesse contexto, a obra de Joseph Alois Schumpeter⁴¹ apresenta-se como mais pragmática do ponto de vista de diagnóstico e aplicação, não apenas considerando os aspectos práticos com maior fidelidade, mas também inserindo elementos inéditos na análise empreendida.

Em seu primeiro trabalho de grande repercussão, “Teoria do Desenvolvimento Econômico”, SCHUMPETER inicia sua análise a partir do modelo de economia estacionária, na qual toda a atividade econômica está relacionada de forma circular, porquanto produtores e vendedores figuram também na outra ponta, no papel de compradores e consumidores. O autor aponta que mudanças neste modelo de economia se dão por fatores internos (alterações quantitativas ou qualitativas – menos recorrentes) ou externos (alteração na política de desenvolvimento, população – mais frequentes).

Esta análise de dados estáticos, porém, é considerada incompleta cada vez que mudanças substanciais dos próprios dados econômicos se passam – como, por exemplo, no surgimento de inovações tecnológicas.

⁴¹ Joseph Alois Schumpeter: com formação em economia e direito, e breve passagem pelo setor público e privado – como Ministro das Finanças na Áustria e presidente de um banco privado, respectivamente – Joseph Alois Schumpeter focou sua carreira docente, tendo lecionado na Alemanha, Japão e Estados Unidos (no último permaneceu mais tempo, até sua morte). A qualidade e ineditismo de sua obra – desenvolvida entre 1908 e 1954, melhor explorada apenas após seu falecimento – garante-lhe lugar de destaque na economia moderna e constantes referências nos estudos e trabalhos atuais.

Defende, em breve síntese, que o impulso fundamental da economia capitalista são as inovações nos bens de consumo, métodos de produção e transporte, mercados e a organização industrial. A mutação e evolução constantes que impõem prazo para que o atual se torne obsoleto e superado são abarcadas no conceito da “destruição criativa”, fator essencial à manutenção e triunfo do capitalismo. O resultado da destruição – a inovação tecnológica – propicia as longas ondas dos ciclos de desenvolvimento, que por sua vez garantem a recompensa ao melhor competidor e estímulo para os demais seguirem.

Revela-se então o conceito de “inovação tecnológica”, que corresponde à aplicação de conhecimentos técnicos, de forma inédita, na produção ou distribuição de bens ou serviços para o mercado. Esta inovação decorre dos três seguintes processos: descoberta ou invenção, inovação e a difusão através da atividade desenvolvida.

As inovações, diferentemente das invenções, são percebidas como um fator de mudança interno ao processo produtivo ou distributivo, importando em um novo comportamento dos agentes econômicos. O surgimento dessas inovações acarreta mudanças bruscas e descontínuas, classificadas como o desenvolvimento em si.

O mesmo raciocínio abarca, ainda, a resposta para o aumento da demanda e escassez de recursos:

Ao longo de tempo, a demanda efetiva ou solvável tem crescido muito mais lentamente do que a capacidade de produção da maioria das atividades e das unidades econômicas [...] enquanto se mantiver esse contexto – e tudo indica que dificilmente irá modificar-se a curto prazo – uma das maneiras mais efetivas, talvez a única, de se contrapor a tais tendências encontra-se na inovação.⁴²

São cinco os casos de “inovação” identificados sob o conceito de Schumpeter: “(1) The introduction of a new good [...], (2) The introduction of a new method of production (...), (3) The opening of a new market (...), (4) The opening of a new source of supply (...), (5) The carrying out of the new organization of any industry, like the creation of a monopoly position”⁴³.

E são exatamente essas inovações que causariam uma ruptura no equilíbrio perfeito do mercado, permitindo ao agente inovador prevalecer – ainda que temporariamente – sobre os demais.

⁴²PELAEZ, Vitor; SZMRECSÁNYI, Tamás. *Economia da inovação tecnológica*. São Paulo: Hucitec, 2006. (p. 9).

⁴³SCHUMPETER, Joseph A. *The Theory of Economic Development*. Transaction Publishers, 1934 (p. 66).

Podemos então concluir que os mercados cujas vantagens competitivas estejam associadas à forma de inovar (tecnologias, formas organizacionais e outras) apresentam apropriabilidade, cumulatividade e oportunidade apresentarão tendências à formação de assimetrias e, conseqüentemente, à concentração.⁴⁴.

Nesse contexto, o lucro seria consequência de um monopólio temporário construído a partir de vantagens oriundas das inovações que, com o tempo, seriam diluídas no processo de concorrência ou seriam superadas por inovações mais eficientes.

[...] innovation is critical, therefore, not only for those who wish to accelerate or sustain the rate of economic growth in this any other countries, but also for those who are appalled by narrow preoccupation with the quantity of goods and wish to change the direction of economic advance, or concentrate on improving the quality of life. It is critical for the long-term conservation of resources and improvement of the environment. The prevention of most forms of pollution and the economic re-cycling of waste products are alike dependent on technological advance⁴⁵.

Isso quer dizer que, para SCHUMPETER, os lucros obtidos a partir de uma inovação incitariam a competição capitalista, fazendo surgir “imitadores” no mercado, ou seja, indivíduos interessados em investir recursos naquilo que foi desenvolvido como inovação.

In Schumpeter's model, the profits realized by innovators are the decisive impulse to surges of growth, acting as a signal to the swarms of imitators. The fact that one or a few innovators have made exceptionally large profits does not mean, of course, that all the imitators will do so⁴⁶.

Pela perspectiva schumpeteriana o lucro não é algo considerado “normal”, uma vez que este objetivo pode se relacionar a desequilíbrios que se originam na diferenciação e no desenvolvimento de vantagens competitivas pelas empresas. Em

⁴⁴ PELAEZ, Vitor; SZMRECSÁNYI, Tamás. *Economia da inovação tecnológica*. São Paulo: Hucitec, 2006. (p. 34).

⁴⁵ FREEMAN, Christopher. *The economics of industrial innovation*. 2ª ed. Londres: Frances Pinter, 1982 (p. 3).

⁴⁶ FREEMAN, *Op. Cit.*, 1982 (p. 215).

seguida, estas buscam reter tais vantagens em forma de ganhos monopolísticos, ainda que temporários. Entretanto, para SCHUMPETER, o monopólio não significa o oposto de “concorrência”.

Essa conclusão apenas é possível porque a teoria schumpeteriana considera, conforme apontado, o desenvolvimento tecnológico como vetor do mercado e da concorrência, de forma que a criação de novos produtos, o estabelecimento de novos processos de produção, o aparecimento de novos mercados, a descoberta de novas fontes de matérias primas e o surgimento de novas organizações industriais são fatores compreendidos como formas de inovação e, por consequência, de concorrência⁴⁷.

SCHUMPETER associa, então, o determinismo de mercado da teoria neoclássica com o determinismo histórico defendido por Karl Marx, concluindo que o modelo capitalista – logo, de economia de mercado – seria baseado no desenvolvimento tecnológico⁴⁸

Nessa lógica, o montante de investimento cresce, bem como diminuem as taxas de desemprego e o crescimento econômico é elevado. Na medida em que novas empresas passam a concorrer com empresas existentes, torna-se necessária a concessão de crédito para viabilização de investimentos. Tal necessidade faz, em conjunto com outros fatores econômicos e sociais, desencadear a difusão dos bancos e o capitalismo em si.

Em seguida, pela difusão dessa tecnologia, há redução da margem de lucro, com conseqüente redução de investimentos e da oferta de empregos. Com esse movimento em parábola, poder-se-ia dizer que a tendência é o equilíbrio. Porém, SCHUMPETER defende que o processo aqui descrito seja descontinuado e, portanto, o desenvolvimento econômico produzido a partir da teoria da concorrência

⁴⁷ SCHUMPETER, Joseph. *História da Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 114.

⁴⁸ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*, Nova York: Harper Perennial, 1976, pp. 95-103.

desenvolvida por ele seria dinâmico e em transformação, se considerada a assimetria entre as inovações⁴⁹.

Desde a abordagem pioneira de Schumpeter, já em 1911, entende-se o desenvolvimento como um processo de mudanças endógenas da vida econômica, que alteram o estado de equilíbrio previamente existente.⁵⁰

Convém notar que, diferentemente de Karl Marx, SCHUMPETER diferencia as funções do empresário e do capitalista em dois agentes econômicos distintos. Para SCHUMPETER, a condição de empresário não é permanente, mas dura enquanto o indivíduo estiver inovando. Essa responsabilidade/atribuição alça empresários a posições de liderança no capitalismo, pois além de abrir novos caminhos, os empresários tornam-se pontos de referência para imitadores que, gradativamente, fazem diminuir os lucros daqueles.

Este modelo descontinuado com solavancos de inovação alinha-se ao capitalismo, que para SCHUMPETER, se caracteriza por uma sucessão de crises e expansões. Assim, as inovações servem de combustível para o desenvolvimento econômico capitalista, contribuindo para a sucessão de ciclos de investimento, inovação e geração de riquezas. Afinal, o lucro remunera a inovação bem-sucedida, e desafia os demais concorrentes e investirem em mais inovações.

No mesmo sentido da leitura schumpeteriana, BERCOVICI destaca que “Albert Hirschman propôs a teoria do crescimento desequilibrado: a meta do desenvolvimento não seria eliminar os desequilíbrios, mas mantê-los, pois seriam as tensões e desequilíbrios que induziriam o próprio desenvolvimento, por meio da sua contínua e incessante superação”⁵¹.

⁴⁹ SCHUMPETER, Joseph. *Teoria do desenvolvimento econômico*, in Série Os Economistas, São Paulo: Abril Cultural, 1982.

⁵⁰BERCOVICI, *Op. Cit.*, 2005 (p. 45).

⁵¹BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005 (p. 47).

Ao continuar seu trabalho através de outras obras, SCHUMPETER equipara as inovações às mudanças nas funções de produção, que acarretam ciclos de conjuntura apontados como fatores desequilibradores do sistema, compostos por quatro fases: a de prosperidade, de recessão, de depressão e de recuperação. Assim, o mesmo racional de desenvolvimento descontinuado, alimentado por inovações, passa a ter aplicação de forma mais ampla.

Em sua obra “Business Cycles”, SCHUMPETER realça a importância das mudanças tecnológicas, classificando-as em mudanças adaptativas e criativas: as primeiras não são específicas do capitalismo, e se dão como resposta a mudanças que ocorrem fora de seu âmbito; as segundas, inerentes ao capitalismo, referem-se à qualidade do produto ou quantidade ou qualidade do método de produção e forma de oferta.

Já na obra “Capitalismo, Socialismo e Democracia”, SCHUMPETER defende que o dinamismo do sistema é intrínseco à vida econômica capitalista, provocando constante mutação nos processos de produção e circulação de mercadoria. E à rotina de destruição sistemática das estruturas antigas em substituição por novas dá-se a alcunha de “destruição criativa”, apontada pelo autor como essência do desenvolvimento econômico.

A apontada destruição criativa se faz presente no âmbito da concorrência nos dias atuais, conforme aponta SZMRECSÁNYI:

Esta concorrência hoje em dia já não se dá predominantemente por meio dos processos de oferta, mas gira em torno de outras variáveis como a qualidade dos produtos, as estratégias de comercialização e, principalmente, em torno da competição entre o novo e o velho, entre as inovações e os produtos e processos que elas pretendem substituir⁵².

No que respeita às práticas monopolistas, SCHUMPETER ressalta que a possibilidade de obtenção de lucros extraordinários motiva o investimento em inovações. Tanto assim que a evolução da legislação de patentes é tida como uma

⁵² PELAEZ, Vitor; SZMRECSÁNYI, Tamás. *Economia da inovação tecnológica*. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 125.

forma de reconhecimento da importância social dos lucros nas economias capitalistas, vez que prestigia as inovações tecnológicas e permitem sua “premiação” (ou seja, lucro) ao autor.

2.2. APLICAÇÃO PRÁTICA

Delineados alguns dos principais conceitos do modelo schumpeteriano, faz-se viável a sequência da análise de sua teoria quando aplicada ao mercado.

O conceito de “mercados perfeitamente competitivos” refere-se àqueles mercados em que existe um considerável número de compradores e vendedores negociando produtos idênticos em larga escala, de modo que cada comprador e vendedor é um tomador de preço⁵³. Embora essas duas condições sejam essenciais para caracterizar os mercados perfeitamente competitivos, há ainda uma terceira condição que é determinante para essa espécie de mercados, que é a possibilidade, a qualquer tempo, de os *players* ingressarem ou deixarem livremente esses mercados⁵⁴. Ou seja, não há barreiras à entrada ou saída do mercado⁵⁵.

Em um mercado perfeitamente competitivo, os preços são estabelecidos mediante a interação entre a oferta e a procura – aumentando a oferta o preço cai, ou aumentando a procura o preço sobe – não havendo influência nem dos compradores e nem dos vendedores considerados individualmente. Nesse sentido, as empresas operam de forma a maximizar seus lucros, produzindo até a situação em que os custos marginais igualem ao preço⁵⁶ determinado pelo mercado.

Quando considerado o mercado no longo prazo, é possível identificar-se a impossibilidade de obtenção de lucros anormais ou extraordinários pelas empresas, pois o mercado está regulado de modo que essas empresas percebam lucros

⁵³Conforme MANKIW, em função dessas condições, as ações adotadas por um vendedor ou por um comprador individualmente tem um impacto insignificante sobre o preço de mercado, de forma que cada vendedor e cada comprador tomam o preço de mercado como dado.

⁵⁴MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, São Paulo: Cengage Learning, 2009, p.278

⁵⁵Em função dessas características, o mercado perfeitamente competitivo é igualmente denominado de mercado atomizado, em decorrência da presença de um número considerável de agentes organizados de forma similar a átomos.

⁵⁶Conforme NUSDEO, no modelo de mercados perfeitamente competitivos, não existe lucro, de modo que está embutida nos custos a remuneração devida ao produtor pelo seu trabalho.

normais, isto é, apenas a remuneração implícita do empresário, decorrente do custo de oportunidade⁵⁷. Desse modo, tem-se que no momento em que a receita total iguala o custo total, subsistirá tão somente o lucro normal, uma vez que o lucro extraordinário será zero⁵⁸.

Há, ainda, outras características igualmente inerentes aos mercados perfeitamente competitivos, como o acesso irrestrito às informações relevantes (transparência de mercado), a homogeneidade dos produtos oferecidos, bem como a não intervenção estatal.

Na análise dos efeitos sociais advindos do modelo de mercados perfeitamente competitivos, tem-se a constatação de que este apresenta tanto consequências positivas como negativas.

A concorrência perfeita contribui para uma sociedade em que os recursos são alocados de maneira mais eficiente, uma vez que as empresas apresentam a tendência de produzir até que o custo marginal encontre o preço do produto⁵⁹. Ainda, é importante destacar que, nesse modelo, variações positivas de preço estimulam o ingresso de novos *players*, enquanto que variações negativas são responsáveis pela evasão de empresas para outras atividades.

Por outro lado, no modelo de mercados perfeitamente competitivos, predomina o desestímulo ao desenvolvimento de inovações, especialmente nas economias de grande escala, justamente pelo fato de que não há a persecução de lucros extraordinários em função da natural tendência ao equilíbrio econômico estipulado pelas interações mercadológicas de oferta e demanda.

Em outra análise, se reputada a concorrência perfeita como a situação em que a demanda por um determinado produto de uma empresa individualmente considerada é perfeitamente inelástica, têm-se duas condições preliminares

⁵⁷Custo de oportunidade designa o custo que uma escolha tem em relação às outras que foram renunciadas,

⁵⁸No cenário de mercados perfeitamente competitivos, quando existentes, os lucros extraordinários atraem novos *players* para aquele mercado, aumentando a oferta, diminuindo os preços e, conseqüentemente reduzindo os lucros extraordinários até o patamar de lucros normais novamente. O cenário sempre tenderá ao equilíbrio.

⁵⁹NUSDEO, *Op. Cit.*, 2002, p. 33.

necessárias: (i) o mercado é perfeito e (ii) o número de empresas nesse mercado é considerável⁶⁰.

O mercado será considerado perfeito sempre que as preferências dos compradores sejam similares e que, concomitantemente, cada um desses compradores apenas negocie com uma empresa por vez. Desse modo, a tendência dos preços serem iguais em todo o mercado está diretamente relacionada com quão próximo este mercado está de ser considerado perfeito.

Por sua vez, quanto maior o número de empresas, menor a sensibilidade desse mercado a alterações individuais de preço. Em outros termos, quanto mais empresas existirem em um determinado mercado, quando uma dessas empresas altera o preço de seu produto, o preço praticado pelas outras empresas não sofre indução.

Outros dois aspectos relevantes referem-se à influência de preços pelos vendedores considerados individualmente e ao fato de que vendedores considerados individualmente não conseguem obter lucros extraordinários.

Em um modelo de mercados perfeitamente competitivos, o preço não guarda relação direta com os níveis de produção individuais das empresas, pois é arbitrado pelo próprio mercado em função das interações entre oferta e demanda, de modo que a principal preocupação das empresas é, presumidamente, a quantidade por elas produzida.

Além disso, é importante ressaltar que, tendo em vista que os produtos são homogêneos e fungíveis entre si, a competição entre os *players* não encontra bases para se desenvolver, acarretando uma maior propensão ao ingresso e deserção das empresas naquele mercado específico.

O modelo de mercados perfeitamente competitivos, no entanto, deve ser compreendido como uma abstração teórica, e por não ser uma representação apurada da sociedade. Serve didaticamente como um modelo antípoda ao de

⁶⁰Cf. ROBINSON, Joan. What is perfect competition? in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 49, n. 1, 1934.

mercados concentrados (monopólio e oligopólio), com vistas a demonstrar os prejuízos que a concentração econômica pode trazer ao desenvolvimento econômico.

Entretanto, este modelo não deve ser tomado como a expressão absoluta do modelo de concorrência, tanto quanto os mercados concentrados não podem ser considerados a oposição ao desenvolvimento.

O equilíbrio de mercado decorrente dos elementos dos mercados perfeitamente competitivos é uma das principais questões apontadas pela teoria schumpeteriana como avessa ao desenvolvimento, no que algum grau de concentração e em condições específicas é defendido como benefício à concorrência e ao mercado.

A tendência natural dos mercados perfeitamente competitivos é o equilíbrio entre o preço e o custo dos produtos, fator primordial para chancelar posições mais conservadoras em relação ao desenvolvimento de inovações tecnológicas aplicadas a produção.

Em decorrência desses fatores, o modelo de mercados perfeitamente competitivos é pouco adequado para descrever as interações econômicas do capitalismo contemporâneo. É notável sua menor aderência à realidade fática, especialmente no que tange às questões que versem sobre lucros normais e lucros extraordinários, uma vez que dificilmente uma empresa se contentará em se manter apenas por lucros normais.

As empresas tendem naturalmente a buscar desenvolver inovações, com o objetivo de maximizar sua lucratividade em relação ao seu custo marginal, o que não se contempla no modelo de mercados perfeitamente competitivos.

Dessa forma, com o objetivo de descrever de maneira mais concreta a realidade dos mercados, SCHUMPETER desenvolveu um método de análise de mercados com pressupostos diferentes do modelo de mercados perfeitamente competitivos, antagonizando a concepção estática em que a existência de

monopólios e oligopólios, praticando valores acima dos níveis de mercado, é considerada nociva.

Enquanto o modelo de mercados perfeitamente competitivos depende da existência de pressupostos que, conjugados, conduzam o mercado ao equilíbrio, estabelecendo uma realidade estática, o modelo de concorrência schumpeteriana desenvolve uma análise dinâmica do processo de concorrência.

Nesse sentido, OLSEN afirma que:

A abordagem econômica mais aceita acerca da concorrência é oriunda da teoria proposta por Joseph Schumpeter, conhecida como “concorrência schumpeteriana”, segundo a qual se trata de um processo dinâmico em que as empresas lutam para sobreviver sob um conjunto de normas em evolução que constantemente geram ganhadores e perdedores. O instrumento básico que possibilita às empresas estarem à frente de seus concorrentes é a introdução de assimetrias de informações que, dependendo do conjunto momentâneo de normas, podem ser resultantes de três tipos de atividade empresarial: inovação tecnológica, comportamento oportunista e crime organizado.⁶¹

No modelo de concorrência schumpeteriana, o sistema encontra-se em transformação, não sendo possível apenas a análise dos fatos dispersos no tempo, mas das razões e fundamentos que deram causa às mudanças econômicas que emergiram do próprio sistema.

Nesse sentido, é possível afirmar que não existem condições predeterminadas que conduzem ao equilíbrio econômico, uma vez que o sistema apresenta-se constantemente em transformação, em um processo dinâmico.

[...] os mercados analisados estaticamente podem sofrer modificações radicais, a ponto de perder em pouco tempo sua estrutura [...] um mercado que hoje existe pode não existir mais a partir da entrada de um novo produto de qualidade superior. Quem

⁶¹OLSEN, Mirian Franciele. A livre concorrência e as práticas predatórias na economia. *Revista de Direito Mercantil Industrial econômico e financeiro*, n. 157, jan-mar de 2011, p. 188.

hoje detém poder de mercado em pouco tempo pode deixar de exercê-lo.⁶²

Na visão schumpeteriana, a concorrência é entendida como um processo de interação entre os diversos *players* de determinado mercado, que buscam individualmente a maximização de seus lucros.

A principal característica da abordagem schumpeteriana sobre o conceito de concorrência é de se tratar de um método de transformação econômica [...] para se manterem competitivas, não basta que as empresas se mantenham eficientes [...] os agentes se vêem compelidos a perseguirem os lucros de monopólio por meio da diferenciação.⁶³

Esse processo de maximização dos lucros estimula a competição, que fomenta o desenvolvimento de novos processos produtivos. Portanto, não são atributos inerentes à concorrência schumpeteriana o equilíbrio, o poder econômico e a transparência de mercado, como ocorre no modelo de mercados perfeitamente competitivos.

Se na concorrência estática o processo concorrencial centraliza-se no mercado, no processo de concorrência dinâmica o elemento fundamental são os empresários e suas empresas, uma vez que estas se constituem como os centros decisórios e de apropriação dos lucros, enquanto que o mercado é apenas o espaço em que ocorre a interação entre os *players*.

O mercado não mais é tomado de maneira estática, pois interage dinamicamente com os *players* nele inseridos, já que concomitantemente constitui-se como elemento condicionante das condutas competitivas das empresas e pode ser modificado em função das estratégias por eles adotadas.

Em confluência com esse pensamento, POSSAS sugere que:

⁶² BRANCHER, Paulo. *In Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, pp. 273 e 278.

⁶³ LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. *Op. Cit.*, p. 236.

[A] *concorrência* não é um mecanismo de mercado de preços, nem um conjunto de pré-condições estruturais e comportamentais que permitem definir um equilíbrio competitivo por método axiomático, e nem mesmo um processo de ajustamento, eliminando desvios de trajetória de equilíbrio. É um processo de interação entre agentes econômicos (firmas) visando à apropriação privada de lucros, que não pressupõe nem leva a qualquer posição de equilíbrio.⁶⁴

Não obstante essas características sejam suficientes para diferenciar a concorrência schumpeteriana da concorrência de mercados perfeitamente competitivos, ainda é possível identificar outro elemento diferenciador. Enquanto que na concorrência estática os mercados concentrados são considerados prejudiciais ao desenvolvimento econômico, na concorrência dinâmica os monopólios são entendidos como uma inovação que prosperou em relação aos demais instrumentos concorrenciais desse mercado.

Conforme a teoria schumpeteriana, o fortalecimento da concorrência pressupõe que os *players* empreguem métodos com vistas ao desenvolvimento da eficiência técnico-organizacional de sua produção, fomentando o ambiente competitivo no mercado em que estão inseridos.

Assumindo que a concorrência é um processo, devemos dar ênfase às permanentes modificações que ele estimula nos mercados, nos contendores, nas maneiras de produzir ou usando a nomenclatura proposta por Schumpeter, às **inovações**. Estas estão no cerne do processo de concorrência.⁶⁵

Em decorrência da dinâmica do processo concorrencial, há uma tendência à formação de unidades produtivas maiores pela fusão de empresas, objetivando o aumento de seu poder de mercado⁶⁶.

⁶⁴POSSAS, Mario Luiz. Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste in POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p.233

⁶⁵PELAEZ, Vitor; SZMRECSÁNYI, Tamás. *Economia da inovação tecnológica*. São Paulo: Hucitec, 2006. (p. 15).

⁶⁶ Na consideração do modelo schumpeteriano de concorrência, pode-se definir “poder de mercado” como a capacidade de influenciar o mercado, principalmente a partir do preço e da quantidade oferecida para venda.

Nesse sentido, a competitividade deve ser compreendida como a capacidade de majoração e manutenção do poder de mercado por meio da adoção de medidas estratégicas de inovação.

Conforme SCHUMPETER, se uma empresa falha em proteger as inovações que adotou em seu processo produtivo, poderá desestimular-se para realizar novos investimentos, uma vez que, para tanto, deverá despende uma quantidade considerável de recursos (capital, mão de obra, pesquisa tecnológica, etc).

Daí que o modelo de concorrência schumpeteriana tem como elemento fundamental a implementação de inovações ao processo produtivo, havendo dessa forma um claro incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

Portanto, a concorrência dinâmica não entende como prejudicial ao sistema econômico a formação de monopólios, oligopólios ou outras formas de concentração⁶⁷, haja vista que estes naturalmente fomentam a competitividade por meio do avanço tecnológico com vistas ao desenvolvimento de inovações. Novamente POSSAS, em outra obra, assim discorre:

[...] não há processo de concorrência sem o surgimento e a superação permanentes de alguns aspectos monopólicos, seja no processo de produção, no acesso ao cliente, na forma e especificação de um produto, enfim em todas as dimensões do mercado. Por outro lado, mesmo produtores monopólicos estão sempre inseridos num processo mais geral de concorrência, em que novos competidores podem surgir. [...]

Podemos concluir portanto que a concorrência e o monopólio não são antônimos. A disputa é o elemento mais geral que traz em seu bojo uma monopolização maior ou menor, mais ou menos durável, mas sempre como um elemento que lhe é subordinado. Ou seja, traços de monopolização são criados e usados na concorrência, como formas de ampliar os ganhos de quem os adota, mas o próprio processo de disputa tende a eliminar esses aspectos, seja pela imitação, seja pela superação [...]. O monopólio nunca é uma

⁶⁷ Uma empresa que atua em monopólio exerce poder de mercado quando produz um bem ou um serviço que não possui similares

situação em que a competição esteja inteiramente suspensa. Ela continua a existir, mesmo que potencialmente⁶⁸.

Nesse cenário, a inovação é elemento determinante da concorrência, em detrimento, inclusive da concorrência de preços. O desenvolvimento de novas mercadorias, o emprego de novas técnicas, a descoberta de novas fontes de suprimento e o aperfeiçoamento dos tipos de organização determinam uma decisiva superioridade no custo final do produto, atingindo diretamente os alicerces das empresas rivais⁶⁹.

Esse argumento é igualmente sustentado por POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ:

[A] noção de eficiência dinâmica dos mercados deve ser redefinida pela ótica da visão dinâmica da *própria concorrência*, e não apenas de seus efeitos alocativos. Nesta direção é preferível uma noção de *eficiência seletiva* dos mercados, que na tradição neo-Schumpeteriana evolucionista inaugurada por Nelson e Winter são vistos essencialmente como ambientes de *seleção de inovações* em sentido amplo. Uma operação eficiente dos mercados, nesta acepção, dispensa equilíbrio e otimização alocativa estática e implica um *ambiente* suficientemente competitivo, tal como definido anteriormente, para que as inovações encontrem oportunidade adequada para serem não só *difundidas*, como *geradas* e *incorporadas* num ritmo intenso, dentro dos limites possibilitados pela tecnologia e pela limitação de recursos e dos padrões internacionais.⁷⁰

Outro ponto importante relaciona-se com o fato de que a concorrência schumpeteriana apresenta-se com um caráter dinâmico, especialmente em decorrência dos desequilíbrios econômicos gerados no mercado, entendidos de maneira cíclica, em que há uma fase de desenvolvimento de novos processos produtivos e uma fase de recessão desse desenvolvimento.

⁶⁸ PELAEZ, Vitor; SZMRECSÁNYI, Tamás. *Economia da inovação tecnológica*. São Paulo: Hucitec, 2006. (p. 16).

⁶⁹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p.107.

⁷⁰ POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano in POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p.27

Conforme a teoria schumpeteriana, a estrutura econômica sofre um constante processo de mutação, decorrente da interação entre inovação e destruição criadora⁷¹. Em outros termos, o desenvolvimento econômico caracteriza-se por rupturas e descontinuidades, perturbando e deslocando o estado de equilíbrio existente.

O impulso fundamental que inicia e mantém o movimento da máquina capitalista decorre de novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria [...] incessantemente destruindo a velha, incessantemente criando uma nova. Esse processo de Destruição Criativa é o fato essencial do capitalismo. É nisso que consiste o capitalismo e é aí que têm de viver todas as empresas capitalistas.⁷²

Sobre os ciclos econômicos, SCHUMPETER descreve que as “revoluções modificam periodicamente a estrutura existente da indústria mediante a introdução de novos métodos de produção, como seja, a fábrica mecanizada ou eletrificada, a síntese química, etc.; novos confortos, como estradas-de-ferro, automóveis, aparelhos domésticos elétricos; novas formas de organização, quais os movimentos de fusão das grandes empresas; novas fontes de suprimento, a lã de La Plata, o algodão americano, o cobre de Catanga; novas rotas comerciais e mercados, e assim por diante. Esse processo de transformação industrial dá a nota tônica geral à economia: enquanto tais fenômenos estão em formação, tem-se uma época de rápida expansão e prosperidade geral, interrompida, indubitavelmente, pelas fases negativas de ciclos mais curtos que se sobrepõem à tendência fundamental para a alta. Mas, ao mesmo tempo que essas conquistas se firmam e trazem seus resultados, presencia-se também uma eliminação dos elementos antiquados da estrutura industrial e uma depressão predominante. Há, assim, sucessivos e prolongados períodos de elevação e baixa de preços, de taxas de juro, de emprego,

⁷¹Destruição criadora, segundo SCHUMPETER, conceitua o fenômeno em que a adoção de inovações ao processo produtivo é responsável pela destruição de empresas ultrapassadas refratárias a adoção de inovações.

⁷² SCHUMPETER, Joseph. *Op. Cit.*, 1961

etc. cujos fenômenos constituem parte do mecanismo desse processo de rejuvenescimento intermitente da maquinaria econômica⁷³.

Tendo em vista que a destruição criadora é um processo evolutivo, os desdobramentos relacionados ao capitalismo devem ser entendidos ao longo do tempo, motivo pelo qual SCHUMPETER acreditava que o comportamento de uma grande empresa deveria ser avaliado no decurso de seu desenvolvimento⁷⁴.

Na esteira desse argumento, POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ concluem que:

Para Schumpeter, o capitalismo é, por natureza, um *método de transformação econômica*, o que significa que seu desenvolvimento, a dinâmica capitalista, tem origem em fatores *internos* ao próprio sistema econômico, não se constituindo somente em uma adaptação a perturbações de natureza exógena. A presença da competição, como força motriz básica que movimenta as engrenagens, no interior da empresa, na direção da formulação das suas respectivas estratégias competitivas, é, portanto, um elemento crucial da abordagem Schumpeteriana.⁷⁵

Em suma, a concorrência schumpeteriana é caracterizada por um caráter dinâmico, assentado nos desequilíbrios econômicos. Nesse modelo, as diferenciações entre as empresas perpetradas pela introdução de inovações no processo produtivo são fundamentais para o sistema concorrencial, cujo resultado é a destruição criadora. Essa sistemática, acredita SCHUMPETER, é responsável pelo desenvolvimento econômico.

Schumpeter considera que a mudança tecnológica constitui o motor do desenvolvimento, revolucionando a estrutura econômica por dentro em um processo de criação destruidora. O progresso tecnológico é considerado um processo qualitativo, mais do que quantitativo, pois gera novos hábitos de consumo.⁷⁶

⁷³ SCHUMPETER, *Op. Cit.*, 1961, p.107.

⁷⁴ MCCRAW, Thomas K.. *O profeta da inovação*. Tradução: Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 376.

⁷⁵ POSSAS, *Op. Cit.*, 2002, pp. 28-29.

⁷⁶ TIGRE, Paulo Bastos. *Gestão da inovação: a economia da tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Compreendida e aceita a premissa de que o mercado não permanece em estado de equilíbrio, admite-se a lógica pela qual o mercado tende a um processo de expansão constante, dando-se seu desenvolvimento por meio de inovações. Essas inovações podem ser o estabelecimento de novos métodos produtivos, o surgimento de novas matérias primas ou mesmo a quebra de monopólios.

Com o estabelecimento desse novo pressuposto – de que o mercado tenderá a expansão por conta da introdução de inovações – o lucro normal deixa de ser uma constante e as empresas passam a almejar os lucros extraordinários.

Cumprir observar que a análise de SCHUMPETER não parte da ótica dos consumidores, mas sim do mercado e seus competidores, com reflexo – aí sim – nos benefícios gerados àqueles. Não obstante, tem-se que a concorrência schumpeteriana é, certamente, uma descrição realista da dinâmica econômica contemporânea e constitui instrumento de fundamental importância para a descrição da realidade do capitalismo financeiro-informacional.

Não obstante, necessário se ponderar que, nem por defender as concentrações em determinadas situações, o modelo schumpeteriano deixa de vislumbrar riscos e preocupar-se com eventuais consequências maléficas do exercício abusivo do poder de mercado.

Uma pontual e relevante preocupação refere-se à parcela de consumidores que, por não terem poder aquisitivo suficiente, deixam de comprar determinado produto, uma vez que no monopólio⁷⁷ a lógica é o aumento de preços. Além disso, existe o alerta para o custo de oportunidade dos consumidores que, por continuarem adquirindo o produto a preços elevados, deixam de consumir outros.

Outra preocupação se refere ao destino dado pelo monopolista ao faturamento extra que percebe de sua posição dominante. POSNER entende que esses valores tendem a ser investidos na manutenção da condição de monopólio da

⁷⁷ Importante ressaltar que o monopólio não se restringe à situação em que uma empresa que ocupa todo o mercado analisado, mas sim parcela substancial deste – geralmente mais da metade –, enquanto os seus concorrentes são pulverizados e nenhum tem condição de influenciar o preço do produto.

empresa, mas nem sempre em mais busca por inovações (podem ser gastos em corrupção de órgãos públicos, financiamento de campanhas políticas, gerando perdas sociais⁷⁸).

Os cenários acima apontam para o possível desestímulo à inovação e para a desnecessidade de melhora da eficiência, pela ausência de concorrentes⁷⁹. Mas nem por isso, para Schumpeter, tais situações não demandam regulação automática, vez que em muitas oportunidades o mercado, a médio prazo, cuida de ajustar o poder do monopolista à sua capacidade de inovação e eficiências que consegue gerar. Dessa forma:

Ainda que os preços monopolistas fossem o único objetivo, a pressão de métodos mais modernos e as imensas instalações tenderiam, de maneira geral, a ajustar o preço monopolista ideal ao mesmo nível ou abaixo do preço competitivo [...] realizando – parcialmente, totalmente, ou mais do que totalmente – o trabalho do mecanismo competitivo.⁸⁰

Um mercado oligopolista, por sua vez, emprega uma estrutura em que há barreiras naturais ou legais que impedem outras empresas de entrarem naquele mercado e, portanto, apenas um pequeno número de empresas concorre entre si.

Não obstante, é possível a concorrência de forma positiva em tal mercado, em que poucas empresas concorrem entre si, mas cada uma tem um produto diferenciado, dando-se a concorrência em relação à qualidade, ao preço e ao marketing do produto. Nesses casos, o debate reside em determinar se é possível prever um comportamento racional do oligopolista, assim como se buscar fazer no monopólio.

O primeiro comportamento, nesses casos, que se buscaria evitar, seria o paralelismo de política de preços, uma vez que poucas empresas com grandes fatias de mercado não teriam incentivo para redução, pois as outras adotariam a mesma

⁷⁸ POSNER, *Op. Cit.*, 1976, p. 12.

⁷⁹ Um exemplo de práticas monopolistas nefastas no Brasil está no setor aéreo nacional, em que se mantém um excesso de capacidade do mercado concentrado em poucas empresas, prejudicando a concorrência e permitindo a adoção de preços predatórios e gerando prejuízo ao bem-estar do consumidor.

⁸⁰ SCHUMPETER, *Op. Cit.*, 1961, p. 127.

política para que não houvesse perda de mercado, gerando consequências para o lucro obtido. Contudo, BIRK demonstra que essa não é a regra em oligopólios e que empresas oligopolistas disputam o mercado também por meio de políticas de preços⁸¹. Aqui também se questiona a assimetria de informações entre os oligopolistas, e a aplicação da teoria dos jogos demonstrou que o paralelismo não pode ser aplicado em jogos sucessivos pelas mesmas razões.

Esses conceitos de monopólio, oligopólio e poder de mercado são essenciais para a devida compreensão da teoria de SCHUMPETER, uma vez que permitem concluir que, no contexto da concorrência dinâmica, monopólios, oligopólios e manifestações de poder de mercado não são um mal por si, mas apenas quando as eficiências geradas a partir de tais concentrações não são revertidas em favor do desenvolvimento do mercado – e conseqüente benefício do consumidor.

2.3. EFICIÊNCIA SEGUNDO SCHUMPETER

A lógica do padrão competitivo não atomizado, mas sim vinculado ao oligopólio em certo nível – não decorrente exclusivamente de preço –, valoriza a atuação das autoridades da concorrência. Afinal, descartam-se critérios objetivos em favor da adoção de mecanismos de avaliação que prestigiam resultados subjetivos.

Dito isso, nota-se que após uma primeira reação de reclamar atuação mais presente dos órgãos antitruste, o que se viu foi o Estado assumindo um papel de gestor ou regulador de várias atividades (vide, como exemplo, os Estados Unidos).

No entanto, a experiência possibilitou a comprovação de que os ciclos de inovação diagnosticados por SCHUMPETER não apenas se dão, como também – em boa parte, quando monitorados adequadamente – cuidam de promover o desenvolvimento do mercado, ao estabelecer uma concorrência saudável e, mais ainda, gerando benefícios aos consumidores.

⁸¹ BORK, V.R. *The antitrust paradox: A Policy War with Itself*. 2ª ed., Nova York: The Free Press, 1993, pp. 182-186.

Daí a razão para se preocupar com a correta aplicação do princípio da eficiência, inserido na lógica do texto constitucional, como caminho mandatório para se alcançar o bem-estar e a justiça social.

E assim, ao mesmo tempo em que se reconhece a importância da atuação pontual e estratégica do Estado – seja pela intervenção ou pela falta dela – no âmbito da concorrência e voltado ao desenvolvimento econômico, emerge a preocupação com a adoção de parâmetros (tão palpáveis quanto possíveis) capazes de nortear a aplicação de critérios subjetivos como a “eficiência” e permitir a identificação dos benefícios a serem almejados.

A teoria schumpeteriana tem como vetor principal a análise dinâmica da concorrência dos mercados, e por esta razão o conceito de eficiência estática não é relevante. A dimensão mais relevante passa a ser a criação de novos espaços econômicos, impulsionados pela inovação e pelo desenvolvimento tecnológico.

Dessa forma, há que se considerar o conceito de eficiência dinâmica dos mercados ou eficiência alocativa intertemporal. Ocorre que, para SCHUMPETER, é necessário redefinir o conceito de eficiência dinâmica, enquadrado na teoria de Pareto, para abarcar a visão dinâmica da própria concorrência, não se limitando apenas aos efeitos alocativos.

Nesse sentido, parece mais conveniente falar-se na eficiência seletiva dos mercados, desenvolvida por teóricos neo-schumpeterianos, segundo a qual os mercados são analisados como ambientes de seleção de inovações em sentido mais abrangente. Isso significa que um mercado eficiente não precisará ter eficiência estática ou equilíbrio, desde que seja um ambiente suficientemente competitivo para que as inovações possam ser disseminadas, criadas e incorporadas em um ritmo mais intenso, considerado o contexto tecnológico do qual parte tal mercado, as limitações de recursos e, também, os fatores internacionais envolvidos⁸².

⁸²NELSON, R.; WINTER, S. *An evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1982, Capítulo 1.

Partindo-se da premissa de que a concorrência deve-se ocupar de promover, ainda que de forma indireta, o bem-estar social do consumidor, a teoria schumpeteriana advoga pela relação intrínseca que existiria entre o desenvolvimento econômico – a partir do processo de inovação – e os benefícios sociais que seriam proporcionados. Entretanto, não são benefícios de pronta percepção, mas superiores aos que se poderia apropriar individualmente. Sem esses benefícios, a inovação, num contexto de mercado capitalista, não seria possível.

Contudo, a força competitiva do mercado não deve se opor à força das empresas individuais, pois estas últimas são os atores do processo que gera o ambiente seletivo e inovador. Dessa forma, essas empresas devem prover seus próprios recursos e também os créditos de investimento, essenciais para poder desenvolver suas capacidades produtivas, administrativas e tecnológicas. Nesse sentido, convém analisar a construção de monopólios naturais e como a interferência do Estado no direito da concorrência, através do prestígio à eficiência, pode preservar esse ciclo virtuoso encampado por SCHUMPETER.

Do ponto de vista clássico, a eficiência econômica pode ser alocativa, produtiva ou distributiva.

A eficiência alocativa preocupa-se em distribuir os recursos no âmbito da sociedade. Frise-se: não se trata de distribuição de renda⁸³, mas sim da comprovação de que os recursos estão sendo investidos e aplicados nos setores em que os consumidores mais tem necessidade ou naqueles em que mais utilizam.

Nesse sentido, em situação de concentrações, a tendência é a crescente ineficiência alocativa, vez que comprometidos os recursos sobressalentes com o aumento dos lucros dos monopolistas ou oligopolistas.

Além dessa possibilidade, considera-se também a chamada eficiência produtiva. Neste cenário, a análise é concentrada no uso real dos recursos pelos

⁸³ BORK, *Op. Cit.*, 1993, pp. 90-91.

agentes de mercado, representando-se pela curva de custos e não pela curva de demanda pelo produto (eficiência alocativa)⁸⁴.

Assim, o aumento da produção gera o efeito da redução de custos para cada unidade produzida, de maneira que os custos fixos são diluídos em quantidade maior de produtos⁸⁵. Além disso, os insumos para a produção e para a comercialização também têm seus custos reduzidos, como os custos de capital e de *marketing*⁸⁶.

Quando a empresa gasta menos com a produção, ela libera maior quantidade de investimento para ser rubricada em outros setores, para outras atividades necessárias ou úteis a certa finalidade. Importante considerar que os teóricos não avançam sobre o direcionamento e beneficiário final dessas melhorias, mas apenas consideram sua efetiva verificação.

Ao comparar as duas eficiências, Calixto Salomão Filho explica a teoria de O. Williamson⁸⁷:

Deriva, então, um modelo matemático no qual demonstra que mesmo pequenos ganhos de eficiência produtiva (diminuição de custos) são suficientes para compensar aumentos de preços, pois as economias de escala seriam obtidas sobre a inteira produção do bem, enquanto a perda social decorrente do aumento de preço (*dead-weightloss*) seria realizada exclusivamente a partir da diminuição das vendas decorrente do aumento de preços. Essa argumentação permitiria presumir a prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa.

De todo modo, o modelo de Williamson sofre críticas, pois a eficiência produtiva poderia ser presumida apenas quando fosse possível estabelecer que a empresa não teria como aumentar os preços, de forma que apenas aumentos módicos de preços poderiam ocasionar redução de custos relevantes. Assim, conclui

⁸⁴ AREEDA, P.; TURNER, D. *Antitrust Law*, vol. 1, Boston-Toronto: Little, Brown, and Company, 1978, pp. 38-45.

⁸⁵ POSSAS, *Op. Cit.*, 2002, pp. 212-216.

⁸⁶ AREEDA, *Op. Cit.*, 1978, pp. 38-45.

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 200.

SALOMÃO FILHO que é impossível determinar a relação entre esses dois modelos de eficiência anteriormente à sua materialização.

Em outra corrente, POSSAS elaborou estudo crítico sobre a metodologia de Pareto empregada nessas análises, segundo a qual não é possível comparar duas situações em que a utilidade de alguém é inversamente proporcional a de outra⁸⁸. Assim, ao tratar da rejeição da Escola de Chicago em analisar apenas um critério para verificação da eficiência alocativa, não se obstrui a manutenção de princípios sólidos de lógica econômica, produzindo o seguinte resultado:

Ao inverso, o reconhecimento de que *qualquer* análise comparativa de situações de mercado envolvendo *transferências de renda* – a esmagadora maioria das situações objeto de análise normativa implica *necessariamente* a *violação* do pressuposto metodológico básico de Pareto, requerendo avaliações distributivas, de equidade ou de outra natureza envolvendo juízos de valor, retira uma suposta e indevida aura de ‘cientificidade’ econômica e ‘objetividade’ de posições que muitas vezes não vão além de opiniões ideológicas e apriorísticas⁸⁹.

Contudo, a teoria neoclássica parece não ser muito precisa quanto à determinação do aumento dos preços em relação às perdas sociais, pois aborda apenas a perda de utilidade por parte do consumidor e não considera ganhos extraordinários por parte do monopolista. Trata-se o monopólio como um grande ativo, de forma que o empresário está disposto a gastar parte de seus ganhos extraordinários para mantê-lo (por meios lícitos ou não). Por outra perspectiva, a eficiência seria melhorada a partir da perspectiva interna da empresa e não em relação à situação do mercado (a depender do modelo concorrencial: perfeito, monopólio, oligopólio, etc).

Segundo GUERREIRO, ao analisar a economia brasileira, considera-se que a eficiência produtiva seria superior à alocativa no sentido de que o exercício do poder

⁸⁸ POSSAS, *Op. Cit.*, 2002, pp. 212-213.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 214-215.

no mercado pode ser presumido pelo simples fato de que o aumento de poder no mercado provocará um ganho qualquer de eficiência⁹⁰.

Por esse raciocínio seria dizer que o agente econômico seria o responsável por demonstrar que um tipo de eficiência seria melhor do que a outra e, dessa forma, algo impossível de ocorrer⁹¹. Nesse sentido, convém verificar a terceira hipótese: a eficiência distributiva.

Este último conceito, por vezes, se aproxima da definição da eficiência alocativa, uma vez que mantém a mesma matriz estática, em que se preza pela eliminação da concorrência de lucros extraordinários. Anterior aos critérios paretianos, como levantados acima, uma função de distribuição do mercado é incompatível com preços que estejam acima dos custos unitários, ou seja, de lucros acima do razoável.

Entretanto, consubstanciando-se tais conceitos à lógica da concorrência no modelo schumpeteriano, verifica-se que nenhum desses modelos é perfeitamente compatível. Dessa forma, passe-se a adotar o conceito de “eficiência seletiva” ou “eficiência dinâmica”, conforme definidos por SCHUMPETER.

Assumindo-se que a teoria schumpeteriana está intimamente ligada à inovação e à chamada destruição criativa, tem-se que os conceitos estáticos de eficiência, como os abordados acima, não se acoplam ao modelo de SCHUMPETER.

Assim, para que se alcance o maior nível de bem-estar social, é necessário criar novos espaços econômicos, com produtos de melhor qualidade, com custos baixos, preços acessíveis, dentre outros – compondo assim o cerne da eficiência seletiva.

No modelo schumpeteriano, a visão de eficiência dinâmica dos mercados está subsumida na dinâmica da própria concorrência, não sendo exclusivos seus efeitos alocativos. Esta abordagem, aparentemente genérica e pouco contributiva (e que

⁹⁰ GUERREIRO, *Op. Cit.*, 1987, pp. 40-42.

⁹¹ SALOMÃO FILHO, *Op. Cit.*, 2002, p. 204.

pode parecer mera apresentação paretiana de alocação de recursos entre o presente e o futuro⁹²), defende precipuamente ambientes de seleção de inovações em sentido amplo.

Por este modelo, não há necessidade de um equilíbrio e otimização alocativa para que as inovações sejam estimuladas, podendo ser geradas, incorporadas e disseminadas de maneira mais adequada e em ritmo forte desde que resguardadas pelos limites tecnológicos⁹³.

Conforme visto, esse pressuposto de essencialidade do processo de inovação para o desenvolvimento econômico proporciona bem-estar social que, embora nem sempre percebido imediatamente, não pode ser prescindido.

Na eficiência seletiva schumpeteriana, é a avaliação do desempenho dos mercados que norteia sua função essencial de selecionar inovações. Dessa forma, a concorrência deve estar concentrada no cumprimento do mercado neste quesito, em que ele filtra, difunde e elimina produtos, processos e estratégias do mercado⁹⁴, e não em uma pauta estática de mera anotação orçamentária de investimento. A eficiência dinâmica dos mercados não é avaliada apenas por seus efeitos alocativos, mas também pelo viés da dinâmica da concorrência.

Nesse ponto, empreendidas as análises acerca do ordenamento jurídico afeito ao Direito da Concorrência, e da conceituação, aplicação prática e noção de eficiência segundo o modelo schumpeteriano, parte-se para a avaliação da aplicação desses preceitos pelo Estado – notadamente através da autoridade da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – para que se possa alcançar, em sede de conclusão, a percepção sintomática da aderência da lógica de SCHUMPETER à realidade nacional.

⁹² Cf. NELSON, *Op. Cit.*, 1982.

⁹³ POSSAS, *Op. Cit.*, 2002, pp. 229-232.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 234.

3. A TUTELA DO ESTADO

3.1. FINALIDADE, DISCRICÃO E FORMA DE ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

A análise dos fundamentos históricos e legais do Direito Econômico e do Direito da Concorrência não deixa dúvida quanto a suas relações com as demais áreas do direito, bem como no que respeita ao impacto direto na justiça e bem-estar sociais.

Assim, ainda que se pretenda isolar a matéria antitruste, sua interpretação teleológica não deixa dúvidas de que a concorrência não é um fim em si mesma, mas sim um princípio de ordem econômica que, quando aplicado à realidade e (principalmente) utilizado como instrumento de política econômica, deve se harmonizar com outros preceitos (como, por exemplo, o de proteção ao consumidor) e preocupar-se com seus efeitos para além da concorrência.

Nesse sentido tem-se que, ainda que por vezes não presentes e certamente jamais protagonistas das análises teóricas abordadas, é certo que o direito da concorrência afeta diretamente, por exemplo, os interesses do consumidor. Neste caso, a relação se estabelece a partir do preço de produtos e de serviços, da quantidade e qualidade e das opções disponíveis para a aquisição, de seu acesso à oferta, e segue até aspectos como o número e eficiência dos concorrentes-fornecedores e as medidas tomadas pelo Estado na busca desenvolvimento econômico pretendido conforme sua política.

Tanto assim que se reconhece, na doutrina, que o consumidor não é, do ponto de vista geral, o destinatário direto das normas de direito da concorrência, mas sim seu destinatário econômico final, como abordado pela teoria finalista moderada⁹⁵. Nesse sentido, a proteção da instituição da concorrência parece ser o objetivo precípua para a proteção do bem-estar desse consumidor.

⁹⁵ SALOMÃO FILHO, *Op. Cit.*, 2003, p. 84.

Por tal razão, verifica-se que muito embora o objetivo central da política da antitruste seja a promoção da concorrência, sua finalidade maior é buscar um impacto econômico e social positivamente relevante. E para tanto, a adoção de critérios que prestigiem as inovações tecnológicas e a eficiência é apenas um dos mecanismos ao dispor da política da concorrência para alcançar seus objetivos.

E em mercados cada vez mais dinâmicos e integrados, com consumidores dispersos e rotativos, a compreensão da lógica por trás da norma – e seu fundamento histórico e teórico – permite, com naturalidade e segurança, sugerir a alternância entre a concentração e a dispersão dos mercados como mais aconselhável, conforme aspectos inerentes a cada caso⁹⁶.

Assim, admitindo-se como verdade que algum nível de concentração é tendência – quando não até mesmo recomendável –, ela não deve ser barrada na medida em que preservados os benefícios para o mercado:

A number of researchers who have explored growth rate differences among quite large firms in some detail have proposed that after some point there is negative correlation between size and the growth rate (p. 310). (...) Schumpeterian competitions is, like most processes we call competitive, a process that tends to produce winners and losers. Some firms track emerging technological opportunities with greater success than other firms; the former tend to prosper and grow, the latter to suffer losses and decline. Growth confers advantages that make further success more likely, while decline breeds technological obsolescence and further decline. As these processes operate over time, there is a tendency for concentration to develop even in an industry initially composed of many equal-sized firms (p. 325).⁹⁷

Da mesma maneira, mais do que o olhar exclusivo na concorrência, necessária a ponderação do interesse do consumidor – ambos preceitos da ordem econômica constitucional:

[...] muitas situações em que está em jogo a realização de preceitos da ordem econômica constitucional, dentre eles a livre concorrência e a defesa do consumidor. Para tanto, emerge um direito econômico

⁹⁶ Daí a razão pela qual concentração em multi-sided platform business, por exemplo, estar em linha com a teoria de SCHUMPETER e dentro subjetivismo e margem de atuação do CADE.

⁹⁷ NELSON, R, *Op. Cit.*, 1982.

que, dentre outras coisas, visa regular a ação econômica dos agentes na economia de mercado, em especial daqueles detentores de poder econômico capazes de utilizá-lo para extrair renda do consumidor. [...] Na análise dos atos de concentração, há diversos conflitos de interesses, públicos e privados, que podem ser solucionados em prol de uma otimização do bem-estar da sociedade brasileira”.⁹⁸

Assim, fica estabelecido o tripé de sustentação norteador da política da concorrência, dirigido pelo interesse político desenvolvimentista específico, a preservação da livre concorrência (assegurada pela garantia de entrada de novos concorrentes e sua possibilidade de êxito naquele mercado) e o efeito gerado ao consumidor.

Com esse pano de fundo, conclusivo o estudo de CARVALHO ao apontar a responsabilidade do Estado pela forma de atuação e pelo efeito – ainda que indireto – decorrente das políticas que implementa:

Não é mais passível de grandes questionamentos que a efetividade de algumas políticas públicas no Estado contemporâneo depende da capacidade de se assegurar a adesão dos interesses sociais e econômicos com os quais a ação pública interage. Refere-se aqui às políticas cujos resultados não decorrem apenas da atuação estatal, mas também da forma como essa ação se posiciona diante de interesses em conflito, ou ainda, de como a política visa conformar esses interesses na direção dos objetivos desejados.⁹⁹

Razão disso, tendo como mais aderentes à realidade brasileira os conceitos desenvolvidos no universo do modelo schumpeteriano – especificamente aquele de eficiência e desenvolvimento – e em vista do interesse da coletividade (concorrentes e consumidores), eclode a necessidade de sua aplicação pelo único agente com poder de polícia do mercado: o Estado.

⁹⁸ SHAPIRO, *Op. Cit.*, p. 101.

⁹⁹ SHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

[...] ao lado das funções preventiva e repressiva, as autoridades brasileiras de defesa da concorrência também têm a tarefa de promoção da concorrência [...] buscando, assim, uma política de concorrência que venha a proteger interesses individuais e coletivos da sociedade, por meio de inovação tecnológica, melhoria na qualidade dos produtos, redução de preços etc.¹⁰⁰

Nessa seara, a atuação do Estado no âmbito do direito da concorrência – na prática – tem ganhado contornos distintos em que a regulamentação não é o único mecanismo utilizado pelo governo. O Estado, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento, tem a prerrogativa de estimular cada setor na medida de sua necessidade política, econômica e social. E nesse contexto, o Estado provê os meios e condições de exploração a determinadas atividades econômicas ou, ainda, passa a ser o agente realizador de tais atividades, especialmente quando se tratam de setores estratégicos da indústria de base e serviços essenciais.

Em alguns casos, fala-se na própria criação do mercado (e não meramente na preservação das regras da concorrência), de forma que seja possível criar as condições adequadas para a posterior exploração da iniciativa privada. Nesse cenário, as questões relativas ao direito da concorrência são transpostas para etapa seguinte, com o Estado inicialmente assumindo o ônus de sustentar o desenvolvimento de determinadas áreas (e.g. tratamento de água e esgoto) quando ausente o interesse privado de exploração.

Uma vez desenvolvido o mercado e, com isso, admitida a intervenção estatal desde o surgimento de determinado mercado, compete ao Estado manter o ambiente favorável à exploração de determinada atividade econômica pela iniciativa privada, através de estímulos e incentivos. De toda forma, o Estado não pode se desvencilhar dos objetivos estabelecidos em sua política de desenvolvimento econômico e os efeitos sociais que dela serão advindos nesse processo.

Assim, de criador das condições de mercado para determinado setor, o Estado passa a atuar pelo equilíbrio entre os concorrentes, sendo um verdadeiro árbitro das condutas por eles praticadas e, portanto, justificando a edição de

¹⁰⁰ PASTORE, Ricardo Ferreira. *In Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, pp. 24 e 31

regulamentações e posterior fiscalização das condutas com o objetivo de manter a concorrência.

Alternativamente, o Estado pode escolher também atuar na criação também de grandes empresas para exercerem a atividade econômica por ele incentivada, de acordo com sua política desenvolvimentista e direcionada para ganhos sociais. Dessa forma, podem-se questionar novamente os critérios utilizados pelo governo para a defesa da concorrência, uma vez que ele passa a ser interessado na concentração de mercado.

Com isso, desafia-se o papel do Estado nesse tipo de política de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, na criação de monopólios e oligopólios que, a despeito de significarem certo avanço na concorrência com empresas internacionais, podem acabar por diminuir os efeitos benéficos a serem percebidos pelos consumidores locais a partir do desenvolvimento tecnológico que deveria ser o ponto essencial da manutenção da concorrência, segundo SCHUMPETER.

Também neste contexto, o crescente número de fusões observado nos últimos anos, alavancado pela globalização dos mercados, pelo crescente fluxo de recursos estrangeiros, pela liquidez das empresas locais e pela maior diversidade de alternativas de acesso ao crédito, tudo contribuindo para a possibilitado a formação de grandes grupos econômicos. No Brasil, empresas como cervejarias, frigoríficos e distribuidoras de alimentos tem se associado para formar monopólios; e essas associações são analisadas – e validadas, conforme o caso – por vezes em detrimento da dispersão do mercado, mas tendo em vista um suposto e pretendido benefício social.

Dessa realidade, pode-se questionar em qual medida, no contexto de uma política de desenvolvimento econômico, deve se permitir abdicar da preservação da concorrência para subsidiar a concentração da atividade econômica que, em determinados ramos, inclusive, já está sob exploração da iniciativa privada.

Diversos outros aspectos derivam deste questionamento, como a realidade política de “privatização dos interesses estatais” e o monopólio de poder e a propagação do tráfico de influências. Muito embora se possa considerar que são aspectos negativos, eles justificam a si mesmos. Em outras palavras, a necessidade de interferência do Estado na economia é reconhecida e os objetivos que justificam essa interferência são nobres (e.g. desenvolvimento econômico e social), gerando como consequência ainda mais intervenção na economia, de tal sorte que a intervenção se justifica com mais intervenção econômica. E, paulatinamente, corre-se o risco de a lógica empregada perder critério, fundamentos e preceitos importantes, com a relativização de preceitos como legitimidade e transparência, em situações que podem representar o detrimento da manutenção da concorrência.

Justamente contra esse ciclo, a análise crítica ora empreendida busca minimamente sistematizar (tanto para limitar, como para amparar) as hipóteses de incidência da exceção à regra de dispersão do mercado. Tudo para permitir comportar, de forma inquestionável, a incidência do racional de eficiência e inovações considerado por SCHUMPETER em seu modelo de análise.

O fato é que se as economias tendem a cada vez mais depender das inovações tecnológicas, as autoridades antitruste devem cada vez mais considerar seus aspectos nas análises concorrenciais. Ainda que a dificuldade de obtenção de dados ou de determinar critérios para verificar os impactos concorrenciais ponham restrições no trabalho de análise de uma concentração ou de conduta anticoncorrencias, entendemos que seus possíveis efeitos, se existentes, devem ser levados em consideração conforme cada caso.¹⁰¹

E para tanto, toma-se como ponto de partida a análise da utilização, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de “remédios” aplicados a atos de concentração que viabilização, de alguma forma, a aplicação do racional schumpeteriano.

¹⁰¹ BRANCHER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 289.

Nesse âmbito, deve-se ter em mente as lições de FAGUNDES a respeito da do meio e fim da intervenção estatal:

[...] a imposição de medidas restritivas como condição para a aprovação de um ato de concentração tem por objetivo afastar as preocupações de que o ato de concentração possa reduzir o bem-estar econômico¹⁰².

O autor explora, ainda, consideração do critério da eficiência na escolha do melhor “remédio” a ser aplicado:

[...] ao elaborar remédios, deve-se observar o equilíbrio entre remédios e eficiências da operação, uma vez que se espera que os remédios sejam desenhados de forma a não anular as eficiências a serem promovidas com a fusão. Esse fator pode ser importante para determinar a escolha de um tipo de remédio em detrimento de outros”.¹⁰³

Com essa preocupação presente, e analisando os meios de atuação do órgão nos termos da legislação vigente, busca-se identificar um mecanismo capaz de permitir a ponderação das eficiências geradas por um ato de concentração quando de sua análise. E aqui, tem-se tal qual já levantado no capítulo inaugural, a sistemática de análise prévia pode limitar a avaliação, porquanto apenas permite a análise da geração de eficiência do ponto de vista hipotético, com base em dados presente projetados para o futuro¹⁰⁴.

Nesse contexto, a formalização de acordos e compromissos em relação aos efeitos de determinada operação com as partes envolvidas parece representar um caminho viável para se garantir o advento de determinada eficiência a partir de uma implementação de uma operação.

Dai porque os Termos de Compromisso de Desempenho – com fundamento legal no artigo 10, inciso VII, da Lei nº 12.529/2011 despontam como mecanismo (ou

¹⁰² FAGUNDES, Jorge e ROCHA, Maria Margarete da. *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011, p. 221.

¹⁰³ FAGUNDES, Jorge e ROCHA, Maria Margarete da. *Op. Cit.*, p. 221.

¹⁰⁴ No caso de mercado dinâmico, a mais precisa das projeções pode ser traída pela superação dos dados históricos considerados.

“remédio”) adequados para garantir, na falta de acuidade de determinada projeção, a reversibilidade ou, ao menos, possibilidade de adequação de determinada operação a partir dos efeitos dela advindos – em outros termos, espécie de aprovação precária da operação, porquanto condicionada a manutenção de sua aprovação e eventos futuros.

Cumprido esclarecer que os Termos de Compromisso de Desempenho não são um remédio de estrutura ou comportamental¹⁰⁵, mas sim um remédio quanto ao efeito que gera, podendo ser o de garantir os efeitos vislumbrados com a operação. E tanto, assim, sua aplicação em prestígio de efeitos como inovação e eficiência deve ser guiada por (i) efetividade (na implementação e monitoramento), proporcionalidade (menos restritivo possível), (ii) risco aceitável (menor risco possível), (iii) baixo custo (não comprometam as vantagens almejadas), (iv) transparência e consistência (para garantir a legitimidade e aplicabilidade do remédio) e (v) flexibilidade e criatividade na elaboração (para que sejam o mais úteis possível).

A partir dessa perspectiva e delimitação, restou viável a avaliação de manifestações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) à luz da declarada preocupação de viabilizar a observância dos preceitos schumpeterianos.

3.2. MANIFESTAÇÕES DO CADE

O universo da análise empreendida compreendeu o levantamento e estudo das manifestações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos atos de concentração que lhe foram submetidos a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, em maio de 2012.

Nesse âmbito, a percepção macro foi a de que a autoridade brasileira tanto baliza suas decisões nos ditames legais, quanto as lastreia em conceitos econômicos não positivados mas presentes nos mercados. Dessa forma, percebeu-

¹⁰⁵ Remédios estruturais alteram a estrutura das envolvidas, ao impor – por exemplo – a alienação de um ativo (tem efeito definitivo e não demandam monitoramento pelo órgão). Remédios comportamentais visam prevenir comportamentos ou evitar situações indesejadas prejudiciais à concorrência

se um órgão tão técnico quanto sensível à realidade econômica e concorrencial nacional e soberano em sua prestação.

Em detalhe, foi possível destacar como relacionados ao modelo schumpeteriano trechos do Parecer Técnico nº 224/2012 da Superintendência Geral, emitido no bojo do Ato de Concentração nº 08700.005310/2012-87, que por tratava da aquisição de controle de empresa do ramo de embalagens de consumo.

Em sua manifestação, a Superintendência Geral transpareceu o reconhecimento ao dinamismo de um mercado em que não apenas o preço, mas sim aspectos como a inovação, qualidade e forma de prestação dos serviços, são determinantes no desempenho dos concorrentes.

Sobre este assunto, as concorrentes e os clientes oficiados declararam que os principais fatores que determinam a escolha de um fornecedor de embalagens para cosméticos são: inovação, qualidade, preço, prestação de serviços pré e pós venda, condições de pagamento, volume de produção, customização e padronização, e pontualidade no fornecimento. Não há, portanto, indicativos de fidelidade à marca por parte dos compradores de embalagens, o que sinaliza a impossibilidade de aumento de preço por parte das Requerentes sem que haja um desvio de demanda em contrapartida.

Ou seja: foram desconsiderados os dados estáticos e momentâneos do mercado, admitindo-se sua variação por aspectos diversos. Mais ainda, a Superintendência aceitou – por meio do parecer – a alegação de empresas clientes das duas concorrentes que praticavam o ato de concentração de que “apesar da maior concentração”, a “sinergia tecnológica” das duas empresas representava a possibilidade de “mais inovações” e “investimento em pesquisa e aumento de qualidade”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ “Adicionalmente, apesar da maior concentração de mercado, clientes identificaram pontos positivos na presente operação. O Grupo Boticário entende que é uma oportunidade de sinergia tecnológica entre as duas empresas, o que pode trazer mais inovações e soluções completas ao mercado, proporcionando maior competitividade perante os produtos ofertados no mercado internacional. A Avon (acesso restrito). Por último, a Contém 1g destacou a possibilidade de se obter agilidade no processo de fornecimento, maiores inovações e modernização, maior investimento em pesquisa e aumento na qualidade.”

Em complemento, a análise desenvolvida incluiu, ainda, a verificação de todos os Termos de Compromisso de Desempenho firmados pela autoridade da concorrência, desde 2012, destacando neles pontos e ideias alinhados com o racional de SCHUMPETER.

Nesse sentido, no Termo de Compromisso de Desempenho firmado no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.004083/2012-72, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconhece que o progresso técnico pode influenciar nas condições de mercado, admitindo, portanto, sua característica dinâmica:

Considerando-se o progresso técnico e a dinâmica normal de mercado, poderá a COMPROMISSÁRIA, a qualquer tempo, informar ao CADE alterações no ANEXOS I e II

Outrossim, no Termo de Compromisso de Desempenho firmado por ocasião do Ato de Concentração nº 08700.004155/2012-81, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) impôs a materialização de eficiências como resultado da concentração, sob pena de aplicação de multa e revisão da operação:

Utilização dos *slots* do aeroporto com eficiência mínima de 85% para cada *slot*, seja para pouso ou decolagem.

No mesmo instrumento, o órgão antitruste contemplou a possibilidade de revisão ou emenda do Termo de Compromisso de Desempenho em caso de alterações supervenientes, de novo aceitando o dinamismo do mercado.

Já no Termo de Compromisso de Desempenho formalizado na esteira do Ato de Concentração nº 08012.002467/2012-17, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deixa expressa sua intenção de buscar eficiências e prevenir o exercício abusivo do poder de mercado (com expressa referência aos consumidores, neste caso), a partir de sua assinatura:

O presente TCD é parte integrante da decisão proferida pelo Plenário do CADE no âmbito do Ato de Concentração n. 08012.002467/2012-17 e visa estabelecer medidas que têm por objetivo manter e promover um ambiente concorrencial que possa (i) induzir a busca de eficiência econômicas, (ii) gerar sua distribuição aos consumidores e (iii) prevenir danos aos consumidores brasileiros por meio do exercício abusivo do poder de mercado.

Finalmente e no mesmo sentido, cláusula idêntica se faz presente no Termo de Compromisso de Desempenho firmado nos autos do Ato de Concentração nº 08012.006121/2012-80.

Tal levantamento permitiu supor que, muito embora o órgão não faça referência ao modelo teórico em comento – até mesmo como técnica deliberativa e possivelmente no intuito de não abrir margem ao questionamento da legalidade do fundamento de suas manifestações –, diversos aspectos da lógica schumpeteriana refletidos na legislação pátria são aplicados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de forma recorrente.

Alguns deles, certamente, tem sua aplicação restrita a mercados em que a possibilidade de inovação¹⁰⁷ faz-se presente de forma direta ou indireta, excluindo-se, portanto, mercados de prestação de serviço pura, por exemplo.

Exatamente por conta das inovações ocorrerem de modo constante, é comum haver produtos e serviços que não são necessariamente relacionados ao setor de tecnologia, mas que dependem claramente de investimento nessa área, como a indústria farmacêutica, o agronegócio e o transporte aéreo, entre tantos outros¹⁰⁸

Nesses casos, a preocupação com o dinamismo do mercado e impacto das inovações tecnológicas reflete-se na ponderação acerca dos efeitos da operação e eficiências geradas.

¹⁰⁷ A doutrina chega a classificar de forma específica o chamado “mercado da inovação”. Segundo Paulo BRANCHER, na obra *Desafios atuais do Direito da Concorrência*, a análise concorrencial neste mercado idealmente “busca avaliar os efeitos futuros que decorrerão dos produtos e tecnologias resultantes da atividade de P&D”, e comporta análise diferenciada dos demais mercados, conforme originalmente defendido por Richard Gilbert e Steve Sunshine, em artigo publicado em 1995, no *Antitrust Law Journal*.

¹⁰⁸ BRANCHER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 278.

Assim, permite-se assumir que, tal qual previsto na legislação e no modelo schumpeteriano, o grau de concentração não figura como elemento único na avaliação do órgão, ganhando força a adoção de mecanismos que permitam contemplar os efeitos gerados a partir de uma operação, conferindo à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) discricionariedade dentro do subjetivismo dos critérios adotados.

4. PONTOS DE ADESÃO ENTRE O MODELO SCHUMPETERIANO E A ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

Até este ponto do estudo, foi possível compreender o alcance do Direito Concorrencial e classificá-lo como ramo do Direito Econômico. Da mesma forma, limitando-se o foco da análise no âmbito concorrencial, pode-se detalhar em teoria aspectos legais-concorrenciais do ordenamento brasileiro, passando-se da inclusão da matéria antitruste no cenário legislativo, até a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o estabelecimento dos padrões de sua atuação – em níveis constitucional e infraconstitucional.

Adiante, foram abordados alguns dos principais pontos da lógica de SCHUMPETER, com especial atenção aos conceitos de mercado dinâmico, destruição criativa e eficiência.

Ato contínuo, através de levantamento e análise de manifestações da autoridade da concorrência brasileira no curso de sua atuação – notadamente pareceres da Superintendência Geral e Termos de Compromisso de Desempenho firmados por ocasião de atos de concentração –, foi possível destacar circunstâncias nas quais a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) replicou, em maior ou menor grau, traços característicos do racional schumpeteriano.

Com isso, tornou-se viável identificar alguns pontos de aderência entre o modelo schumpeteriano e a política de concorrência praticada no Brasil através da tutela prestada pelo Estado através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Aqui, diga-se, o resultado traduz-se mais como uma interpretação dos critérios de atuação da autoridade antitruste e sua relação com o modelo teórico de SCHUMPETER do que efetivamente uma contribuição inédita de parâmetros para nortear sua conduta.

Como ponto de partida para se enumerar os pontos de aderência, necessário se adotar a premissa de que – conforme percebido ao se empregar viés mais pragmático ao modelo schumpeteriano – a aplicação do racional de SCHUMPETER é restrita a mercados tecnológicos ou, ao menos, minimamente afetados pela capacidade de inovação. Isso porque não há como se vislumbrar inovação ou ganhos em eficiência quando não há processos produtivos, tecnologias empregadas ou possibilidade de criação de diferenciais competitivos.

Com essa premissa, de plano é possível se excluir qualquer paralelo entre aquele modelo teórico e a análise da concorrência em mercados de serviços, por exemplo, em que apenas o preço é determinante (como no caso de categorias profissionais).

Excluídos tais casos, resta possível delimitar como “ambiente de concorrência ideal” – tanto para SCHUMPETER quanto para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) (dada sua interpretação e forma de aplicação da norma brasileira) – aquele caracterizado como o que possibilita a obtenção de lucros significativos como recompensa pela supremacia de um competidor sobre os demais (desde que alcançada legalmente e por mérito), privilegia eficiências líquidas de bem estar voltadas ao mercado (efeitos endógenos) e valoriza inovações (enquanto impulso ao desenvolvimento tecnológico).

A partir daí, possível seguir ao detalhamento de pontos de adesão entre a lógica de SCHUMPETER (reconhecida pelo valor à eficiência e à inovação) e a política antitruste praticada e em vigor no Brasil.

Primeiramente, é certo que para SCHUMPETER a regra é o prestígio à eficiência, e a exceção é a limitação do ato que implique demasiada concentração de poder de mercado. Pela legislação nacional, no entanto, a regra é restringir concentração, e a exceção é autorizá-la quando observadas determinadas eficiências. Ou seja: enquanto SCHUMPETER admite a concentração por tê-la como decorrente da eficiência, a regra legal brasileira restringe a concentração, salvo quando dela decorrer uma potencial eficiência.

Nesse ponto, nota-se que os racionais adotam direções diferentes, mas no mesmo caminho da dicotomia eficiência-concentração. Assim, ainda que em sede de exceção e por via transversa, a realidade brasileira cuida de resguardar e autorizar a prevalência de um competidor sobre os demais (e conseqüente concentração do mercado de atuação), quando conseqüência natural de sua maior eficiência e desde que não praticado abuso a partir de tal posição.

E assim, apesar da inversão na ordem dos fatores, interpreta-se este mais como um ponto de similaridade (o primeiro a se identificar) do que divergência; afinal, ainda que por caminhos distintos, ambos os modelos chegam ao mesmo resultado, prestigiando concentrações eficientes.

Dessa forma, tal qual refletido nas manifestações selecionadas – ou mesmo observado historicamente no posicionamento do órgão –, diversas as oportunidades em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) autorizou (ou até mesmo promoveu) determinado nível de concentração por vislumbrar ganhos em eficiência para o mercado (concorrentes, consumidores, trabalhadores etc). Tomem-se como exemplo diversos mercados nos quais são explorados serviços de utilidade pública, em que apenas a garantia de determinado nível de concentração viabiliza sua exploração de forma satisfatória (para o explorador e os beneficiários).

Como segundo ponto de adesão, pode-se destacar a proteção à alternância entre os concorrentes. Para SCHUMPETER, tal preceito descortina-se na noção de que a concorrência deve preservar condições de superação permanente dos monopólios formados por outros concorrentes. Segundo este modelo teórico, deve-se garantir a possibilidade de efetivação da destruição criativa, tida como capaz de promover a competição entre os competidores a renovação dos ciclos de domínio entre eles.

No caso da norma brasileira e respectiva atuação da autoridade da concorrência, da mesma forma identifica-se a preocupação em garantir o acesso de novos concorrentes no mercado de forma material. Tal preceito traduz-se na caracterização como conduta abusiva daquela que limita, impede ou cria

dificuldades ao acesso ou sobrevivência de concorrentes nos respectivos mercados de atuação.

Assim, percebe-se em ambos os modelos a expressa preocupação com a garantia à concorrência através do ingresso de novos competidores efetivos (com capacidade de prevalecer ante os demais). Enquanto SCHUMPETER traduz tal ideia na necessidade de possibilidade de superação dos monopólios através da destruição criativa, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) transparece sua atenção em sentido comum ao punir como condutas anticoncorrenciais aquelas capazes de prejudicar a concorrência entre os competidores.

Seguindo-se ao detalhamento dos pontos de adesão identificados, observa-se a consideração da eficiência – tida em alta conta no modelo teórico schumpeteriano – como critério de avaliação de atos e condutas pela autoridade de concorrência brasileira.

Da mesma forma que SCHUMPETER cuidou de desenvolver parte de sua análise da avaliação dos efeitos de eficiência gerados pela dinâmica de competição que delineou, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) de forma reiterada menciona a eficiência como fator considerado em sua análise.

A esse respeito, é certo que ainda que a eficiência não tenha figurado – ao menos até aqui – como fundamento exclusivo da aprovação, em diversas oportunidades pode-se identificar sua consideração por parte da autoridade antitruste quando consideradas as projeções a respeito dos efeitos de determinada operação.

Evidente que, tal qual moldável o conceito schumpeteriano de eficiência ao caso concreto, não se identificou – nem se esperava identificar – do órgão regulador nacional uma definição fechada e permanente para o que se considera eficiente ou não.

É certo que a definição de eficiência passa, primeiro, pela escolha do viés a partir do qual se pretende avaliá-la. Determinado efeito “eficiente” à concorrência pode não ser exatamente eficiente para os consumidores, para o mercado de trabalho ou mesmo estar em consonância com a política estatal desenvolvimentista em vigor.

Assim, quiçá o mais próximo que se pode chegar de sua definição “híbrida” seja considerá-la como *o resultado de economia ou benefício líquido gerado a partir da sinergia decorrente de alguma operação ou conduta a partir do viés da análise.*

Mas justamente por não estar presa a um conceito fixo e pré-determinado é que a avaliação da eficiência – quando considerada pela autoridade reguladora – permite margem em sua interpretação e demanda cuidado na aplicação. Logo, pertinente a cautela do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao fundamentar decisões com base na eficiência, tanto quanto prudente sua consideração na avaliação de atos e condutas.

Mas não é só. Tão certo quanto observar que SCHUMPETER atribuiu às eficiências resultantes da competição o efetivo desenvolvimento econômico, é notar que a atuação da autoridade da concorrência brasileira revela preocupação com a mesma estrutura de causa e efeito (eficiência x desenvolvimento).

Isso porque, ao se avaliar o sistema de análise prévia dos atos de concentração submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), nota-se que ele i. limita o fundamento das decisões a prognósticos, previsões e estimativas (a avaliação da eficiência, ou falta dela, se dá de forma hipotética, a partir de projeções do efeito da operação ainda não efetivada) e ii. não concede prazo para o suposto potencial inovador do mercado (eficiência seletiva) se materializar.

E nesse universo, o órgão antitruste de forma sistemática manifesta preocupação com os efeitos gerados por determinada operação ou conduta para além das partes envolvidas ou mercado em questão. Consumidores,

geração/manutenção de empregos, competitividade no mercado externo e outros fatores também compõem o rol de aspectos considerados nas análises.

Assim, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) – tanto quanto o modelo schumpeteriano – reconhece que eficiências geradas em um mercado tem impacto para muito além dos competidores envolvidos no ato ou conduta que analisa.

Em tempo: a respeito da mencionada sistemática de análise prévia dos atos de concentração, não se conclui pela prevalência de um formato de análise sobre o outro (o schumpeteriano, de verificação posterior, ou o legal, de definição anterior) como regra geral. Cada um traz suas vantagens (no caso da análise prévia, a segurança jurídica acerca da validade e perenidade daquele ato; no caso da avaliação posterior, a maior acuidade e concretude dos dados considerados), tanto quanto cada situação e mercado em questão podem melhor receber uma ou outra solução. Nesse sentido: em mercados com pouca margem para inovações tecnológicas e maior previsibilidade, o modelo legal fundado na análise prévia atende o anseio das partes no que diz respeito à segurança jurídica para a concentração a partir da manifestação anterior do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Por outro lado, na análise de atos relacionados a mercados nos quais a inovação seja o motor, o modelo de SCHUMPETER deixa espaço para a consideração de aspectos mais realistas e precisos (dados objetivos, ao invés de meras perspectivas e projeções dos efeitos possíveis), ainda que em detrimento de aspectos objetivos e maior previsibilidade jurídica da decisão a ser proferida.

Não por acaso: afinal, o modelo de SCHUMPETER é um meio teórico de análise da concorrência, ao passo que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) deve prevenir, promover e antecipar situações, conferindo segurança jurídica e padrões de conduta em seus jurisdicionados.

Tornando à enumeração de aspectos aderentes, destaca-se como quinto aspecto de proximidade o reconhecimento do papel das inovações tecnológicas como medida de cunho político-desenvolvimentista. Enquanto o modelo de

SCHUMPETER vislumbrou o desenvolvimento econômico como consequência do favorecimento às inovações, nota-se discussão no cenário legal brasileiro acerca da competência e finalidade da autoridade da concorrência, trazendo o desenvolvimento à pauta do órgão.

Se por um lado há quem defenda a limitação da competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) à preservação de níveis adequados de concentração do mercado, o texto legal permite incluir como atribuição do órgão a advocacia da concorrência e a promoção do desenvolvimento econômico e social do país através de sua atuação.

Nessa percepção, o compromisso pelo desenvolvimento econômico está tão presente no âmbito de competência do Direito Concorrencial (como defendido por SCHUMPETER) como no papel da autoridade antitruste, devendo haver consideração de aspectos que vão além da concorrência na lógica de atuação do Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (CADE).

Pois bem. Até aqui, o levantamento de precedentes permitiu constatar que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), especialmente em análises relacionadas à rivalidade em mercados dependentes de inovação tecnológica (que demandam a compreensão do órgão em relação ao seu funcionamento), tem prestigiado – dentro das limitações legais – a lógica schumpeteriana, especialmente ao considerar i. a possibilidade de geração de benefícios com determinados níveis de concentração, ii. a necessidade de se preservar viável a entrada de novos concorrentes no mercado e margem para alternância do exercício de poder de mercado, iii. a consideração das eficiências geradas no setor de atuação para avaliação de atos e condutas, iv. a correlação entre a geração de eficiências, lucros e inovação com o desenvolvimento econômico e v. o reconhecimento da interface entre a política da concorrência e os interesses estatais para além da concorrência.

Na sequência da análise, outro ponto comum – ou, ao menos, próximo – refere-se à conceituação legal de mercado relevante. SCHUMPETER foi taxativo ao

definir o mercado como sequência de ciclos gerados por constantes desequilíbrios, caracterizando-o como ambiente dinâmico (em constante mutação).

De forma antagônica, a noção legal de mercado vigente no Brasil é essencialmente estática e, portanto, inicialmente desalinhada com a lógica de SCHUMPETER. Isso porque, ao proibir ato de concentração que implique na “eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante” como premissa, excepcionada em caso de eficiência, a lei de certa forma contraria o modelo schumpeteriano – para o qual regra e exceção ficam dispostas de maneira oposta (a regra é o prestígio à eficiência; a exceção é sua limitação pela concentração que implique demasiada concentração de poder de mercado).

Ainda nesse aspecto (“mercado relevante”), observa-se mais sentido pragmático na lei – ainda que as vezes pouco realista –, em vista da maior facilidade de instrumentalização do conceito estático de mercado relevante, frente à maior dificuldade de delimitação de um mercado pela perspectiva dinâmica a ser aplicada na análise de SCHUMPETER (que, aliás, permite inclusive o afastamento de qualquer conceito de mercado senão a partir da esfera em que sentidos os efeitos de uma operação – noção mais realista).

Ou seja: enquanto a realidade mostra o mercado em constante mutação, tal qual no modelo schumpeteriano, a análise e aplicação de normas demanda delimitação temporal e até territorial para permitir a definição de métricas e aplicação de regras de controle preventivo.

Ainda assim, as manifestações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) permitem supor que a autoridade brasileira pondera a dinamismo dos mercados na pauta de suas decisões, considerando – assim – as constantes alterações a que estão sujeitos boa parte dos cenários hoje colocados (e, dessa forma, novamente ponderando um ponto desenvolvido por SCHUMPETER em sua obra).

Por tudo o quanto desenvolvido, do ponto de vista teórico, restou nítida a impressão de que o racional de SCHUMPETER, especialmente seu conceito de

eficiência, retrata de maneira mais fiel a lógica dos mercados explorados através de tecnologia e inovação, por levar em conta a dinâmica dos mercados e apontar (i) os desequilíbrios como ambiente, (ii) a inovação como meio e (iii) o domínio esporádico como fim. E, mais do que isso, que racional semelhante – ao menos nos seis pontos destacados acima – foi identificado na realidade brasileira através da atuação autoridade da concorrência.

Por isso, com essas considerações (além da já ponderada relevância da intervenção do Estado na política concorrencial visando o desenvolvimento econômico, lugar comum a esta altura), pode-se perceber que a composição das regras de concorrência e atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica refletem modelos teóricos desenvolvidos ao longo de décadas, e notadamente o schumpeteriano, em diversos de seus aspectos.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como finalidade identificar eventuais pontos de aderência entre o modelo de concorrência schumpeteriano e a política de defesa da concorrência praticada no Brasil através da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Para tanto, foram considerados aspectos teóricos, legais e empíricos, desconsiderando-se o lapso temporal entre os paradigmas adotados.

O tema foi desenvolvido sob um aspecto eminentemente concorrencial, tendo sido selecionados aspectos particulares do modelo teórico estudado e buscada a respectiva comparação com o disposto no ordenamento jurídico nacional e praticado pela autoridade da concorrência.

Nesse sentido houve, inicialmente, breve exposição e análise da origem e do próprio arcabouço legal relacionado à concorrência. A previsão constitucional e infraconstitucional, das normas históricas e atuais, foi referida de forma sistemática, tendo-se esta como o ponto de apoio para a implementação da política da concorrência brasileira.

Após, foram abordados modelos teóricos de destacada relevância no âmbito dos estudos da concorrência, e detalhados aspectos selecionados do racional schumpeteriano. Nesse âmbito, a maior ênfase foi dedicada aos conceitos de dinamismo do mercado, destruição criativa e, especialmente, eficiência.

Seguiu-se, então, à análise do modelo de concorrência estabelecido e praticado no Brasil, notadamente pela atuação de autoridade de concorrência nacional – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Nesse contexto, foram debatidas a discricionariedade da atuação do órgão, a esfera de sua atuação e a finalidade de sua regulação e intervenção na atividade econômica. Ainda aqui, um levantamento de inúmeras manifestações da autoridade antitruste – especialmente pareceres de sua Superintendência Geral e Termos de

Compromisso de Desempenho formalizados com particulares atuantes em determinado mercado, por ocasião da análise de atos de concentração envolvendo-os – permitiu o diagnóstico acerca de parâmetros norteadores de sua atuação, que mais tarde serviriam como ponto de comparação com o modelo schumpeteriano.

Finalmente, com o conhecimento acerca do contexto legal (ordenamento jurídico), dos modelos teóricos de análise da concorrência e o mapeamento da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), restou possível se estabelecer parâmetros comparativos entre o modelo schumpeteriano e a política de concorrência brasileira.

Nesse ponto, identificados diversos pontos de efetiva aderência entre o racional de SCHUMPETER a realidade nacional, permitiu-se concluir pela aplicação de preceitos daquele modelo científico de análise da concorrência pelo órgão da antitruste brasileiro – se não de forma expressa e sistemática, ao menos pelo racional considerado em determinados casos relacionados a mercados específicos vinculados ou de alguma forma dependentes ou afetados pela inovação. Tal conclusão emanou de manifestações da autoridade da concorrência brasileiras, ora por meio dos pareceres e votos proferidos, ora – especialmente – pela formalização de Termos de Compromisso de Desempenho voltados a assegurar a geração de efeitos específicos como condição de aprovação de operações.

E assim, em linha com os estudos desenvolvidos, de forma breve e sintética servem como substrato do quanto tratado os apontamentos abaixo reproduzidos de forma sistemática:

Sobre o Direito da Concorrência enquanto ramo do Direito Econômico, viu-se que a concorrência não é fim em si mesma, mas sim um instrumento de política econômica, a ser interpretado e aplicado em consonância com os demais princípios da ordem econômica. Trata-se de matéria diretamente relacionada ao consumidor, que serve como instrumento para promoção não apenas da concorrência em si, mas também como ferramenta de busca da justiça social e bem estar coletivo.

Assim, ainda que a concorrência no Brasil não seja problema central do desenvolvimento, é indissociável da política concorrencial – com maior ênfase em alguns casos – o impacto econômico, social e político para além do aspecto meramente concorrencial, podendo o Direito da Concorrência servir como meio para implementação de políticas do Estado, fomento ao desenvolvimento e alcance da justiça social.

Sobre a Lei nº 12.529/2011 enquanto instrumento de positivação da política antitruste, verificou-se o reconhecimento da eficiência e do dinamismo do mercado (ainda que parcialmente) como critérios na análise concorrencial, ainda que de forma limitada por conta da sistemática de análise prévia e necessidade de conferência de segurança jurídica à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Assim, ainda que o órgão por vezes alterne entendimentos conforme alternam os membros que o compõem, digna de elogio a atuação legalista e, ao mesmo tempo, alinhada com conceitos teóricos que fundamentam qualquer análise concorrencial.

Destaque aqui, também, para a cautela no exercício da discricionariedade e na adoção de conceitos vagos, a fim de não comprometer completamente os padrões e conceitos vigentes e de observância obrigatória pelos agentes do mercado.

Sobre a lógica de SCHUMPETER, para a qual a concorrência é um processo dinâmico de interação entre os diversos concorrentes de determinado mercado, que buscam individualmente a maximização de seus lucros através de inovações, estimulando a competição e o constante desequilíbrio, concluiu-se que concorrência e monopólio não assumem posições antagônicas, mas sim alternadas entre os concorrentes sempre que preservadas condições de superação permanente dos monopólios formados.

Pode-se, ainda, adotar com conforto o conceito de mercado dinâmico como mais adequado para descrição da lógica e modo de funcionamento dos mercados

regulados pela autoridade concorrencial e normas vigentes, mesmo que se relativizando a aplicação desse conceito teórico à necessidade prática de regulação, previsibilidade e segurança jurídica.

Sobre a intersecção entre a lógica de SCHUMPETER e a Lei nº 12.529/2011, notou-se relativa harmonia de conceitos (dinamismo, eficiência, supremacia de concorrentes em relação aos demais), confirmada na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), especialmente em casos envolvendo rivais em mercados dependentes da inovação tecnológica.

Ou seja: ainda que respondendo a necessidades diferentes (o modelo schumpeteriano se presta a analisar a lógica da concorrência, enquanto a norma legal estabelece as regras de funcionamento do mercado), ambos os conjuntos revelaram similaridades refletidas na atuação da autoridade antitruste.

Sobre a interrelação entre o direito da concorrência (ramo do direito econômico) e o direito do consumidor, verificou-se que a Constituição Federal elencou como fundamentais para a ordem econômica brasileira os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor. E que, nesse sentido, enquanto a defesa do consumidor pode ser entendida como limitadora do princípio da concorrência, o princípio da concorrência e as políticas desenvolvimentistas são o substrato que ampara a defesa do consumidor.

Em outros termos, o Estado, ao assumir a função de agente regulador do mercado econômico, passou a intervir de modo a garantir a livre concorrência para atender seus propósitos econômicos e sociais, indissociáveis do mercado consumidor.

Em um mercado em que vige o princípio da livre concorrência, as empresas oferecem uma maior diversidade de produtos comercializados a preços adequados à realidade econômica dos consumidores. No entanto, por ostentar uma posição economicamente hipossuficiente, o consumidor necessita do auxílio do Estado para garantir sua proteção frente às empresas que, sendo detentoras das informações

relacionadas aos produtos disponíveis no mercado, estão mais propensas a manipular os consumidores.

E por isso, **sobre o papel do Estado**, conclui-se como certo que o desenvolvimento econômico-social de um país não deve ser caracterizado somente sob o aspecto da produção, mas, essencialmente, pela distribuição no meio social; a pluralidade de bens não é sinônimo de progresso econômico sem a possibilidade de consumo.

Portanto, o combate aos instrumentos que anulem a concorrência ou, de outro modo, impossibilitem uma concorrência leal e justa deve ser a tônica adotada – no âmbito da concorrência – por um Estado que queira assegurar a distribuição equitativa dos bens produzidos no mercado de consumo.

No mesmo sentido, os monopólios podem ser permitidos com olhar próximo, sempre que obtidos regularmente e com um traço de temporário, capazes assim de estimular, nos demais concorrentes, o anseio de inovar e superar o monopolista em busca de lucros maiores e revertidos em investimentos para preservar a posição de superioridade..

E, finalmente, **sobre as perspectivas e impressões para o futuro**, por tudo que se abordou, pode-se ter como reconhecida a efetiva aderência entre o modelo schumpeteriano e a política de concorrência brasileira.

E no âmbito das perspectivas e sugestões para a se otimizar a aplicação do modelo teórico à realidade nacional, sobressai como viável a utilização dos Termos de Compromisso de Desempenho como meio de se levar em conta em maior grau de profundidade aspectos schumpeterianos como o dinamismo do mercado e a geração de eficiências na análise dos movimentos entre agentes de determinado mercado.

É dizer: ao estender a lógica da aprovação precária de um ato de concentração, porquanto preservando possível a possibilidade de reversão da operação, especialmente nos casos que o fundamento do pedido de aprovação seja

a eficiência, os Termos de Compromisso de Desempenho destacam-se como meio capaz de viabilizar a aplicação ainda mais completa do racional de SCHUMPETER no cenário nacional.

Dessa forma, nessas situações, restaria aberta a possibilidade de o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) rever suas decisões a partir dos efeitos efetivamente gerados, determinando-se a manutenção ou reversão da operação, conforme o caso, e prestigiando o modelo de SCHUMPETER ao balizar as decisões favoráveis ou contrárias a concentrações com base nos efeitos gerados no mercado dinâmico, dada a constante mutação acarretada pelo processo de destruição criadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor nos Contratos de Compra e Venda*. São Paulo: RT, 1993.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

AREEDA, P.; TURNER, D. *Antitrust Law*, vol. 1, Boston-Toronto: Little, Brown, and Company, 1978.

BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor*, 2ed. São Paulo: RT, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *O Estado promotor do desenvolvimento. Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BORK, V.R. *The antitrust paradox: A Policy War with Itself*. 2. ed., Nova York: The Free Press, 1993.

BRANCHER, Paulo. In *Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

CAMPANÁRIO, Milton de Abreu. *Tecnologia, Inovação e Sociedade*. Disponível em: <http://www.oei.es/salactsi/milton.htm>. Acesso em 22 jul. 2014.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

CORDOVIL, L.; CARVALHO, V.M. de; BAGNOLI, V.; ANDERS, E.C. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico esquematizado*. São Paulo: Método, 2012

DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico*. Revista de Direito Econômico, n. 23, abr./jun. 1995, Famma Gráfica & Editora.

FAGUNDES, Jorge e ROCHA, Maria Margarete da. *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo: 2008.

FREEMAN, Christopher. *The economics of industrial innovation*. 2^a ed. Londres: Frances Pinter, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso do poder econômico in *Revista de Direito Mercantil* n. 66, abril-junho 1987.

HAYEK, Friedrich August von. *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.

HOVERKAMP, *Antitrust as extraterritorial regulatory policy*, paper presented at the Global Antitrust Law and Policy Symposium, 19 Sept. 2002.

HUTSCHINSON, Terence Wilmot. *A review of economic doctrines, 1870-1929*. Oxford: Clarendon Press, 1953.

KLEINKNECHT, A. *Are there Schumpeterian waves of innovations?* Cambridge Journal of Economics, 1990.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LESSA, Paulo Todescan. *Direito Concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. In *Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARCATO, Marília Bassetti. *Eficiência econômica e inovação: considerações acerca da defesa da concorrência*. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000852460>. Acesso em 18 out. 2013.

MARTINS, Marcilene. *Padrões de eficiência no comércio: definições e implicações normativas*. Nova econ., Belo Horizonte, v. 18, n. 2, Aug. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 mai. 2014.

MCCRAW, Thomas K.. *O profeta da inovação*. Tradução: Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2012.

MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al. *Fusões e aquisições, concentração industrial e a eficiência técnica: evidências empíricas para a indústria de transformação brasileiras*. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807211113060-.pdf>. Acesso em 22 mai. 2014.

NELSON, R.; WINTER, S. *An evolutionary Theory of Economic Change*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1982.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLSEN, Mirian Franciele. *A livre concorrência e as práticas predatórias na economia*. Revista de Direito Mercantil industrial econômico e financeiro, n. 157, janeiro de 2011.

PASTORE, Ricardo Ferreira. *In Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

PELAEZ, Vitor; SZMRECSÁNYI, Tamás. *Economia da inovação tecnológica*. São Paulo: Hucitec, 2006.

PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos in MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS,

POSNER, Richard. The Chicago School of antitrust analysis, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 127, 1979.

_____. *The law and economics of antitrust*. Chicago-Londres: The University of Chicago Press, 1976.

POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano in POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

POSSAS, Mario. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência in POSSAS, Mario (Coord.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011.

ROBINSON, Joan. *What is perfect competition ?* Quaterly Journal of Economics, vol. 49, n. 1, 1934.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. *The Theory of Economic Development*. Transaction Publishers, 1934.

_____. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

_____. *História da Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

_____. *Teoria do desenvolvimento econômico*, in Série Os Economistas, São Paulo: Abril Cultural, 1982.

_____. *Essays – On entrepreneurs, innovations, businnes*. 1ª ed. Transaction Pub, 1989.

_____. *Business Cycles*. 1ª ed. Porcupine Press, 1989.

_____. *Empresários, inovação, ciclos de ensaion*. 1ª ed. Celta, 1997.

SENA, Renata Moura. *Oligopólios no Brasil* in PARKIN, Michael. *Economia*. Tradução de Cristina Yamagami, 8. ed., São Paulo: Addison Wesley, 2009.

SOUZA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento Econômico*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

SWEDBERG, R. *The economics and sociology of capitalism*. 1ª ed. Princenton University Press, 1991.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TIGRE, Paulo Bastos. *Gestão da inovação: a economia da tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VIEIRA, Rosele Marques. *Teorias da firma e inovação: um enfoque neo-schumpeteriano*. Disponível em: http://www.apec.unesc.net/IV_EEC/sesoes_tematicas/Economia%20industrial,%20ci%EAncia,%20tecnologia%20e%20inova%E7%E3o/Teorias%20da%20firma%20e%20inova%E7%E3o%20%20um%20enfoque%20neo-schumpeteriano.pdf. Acesso em 15 mai. 2014.

UHDRE, Dayana de Carvalho. *Regulação bancária: observações acerca de uma possível compatibilização entre preocupações concorrenciais e setoriais* in MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito concorrencial e regulação econômica*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.