

---

## Direito da Concorrência e desenvolvimento

### *Competition Law and development*

*João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>1</sup>*

**Resumo:** O Direito da Concorrência, como regulador do mercado, se manifesta como um conjunto de políticas e de normas com múltiplas finalidades. O bem-estar do consumidor se coloca como um objetivo imediato, mas a realização deste objetivo dependerá da adoção de políticas de inovação constante, eficiência dinâmica geradora de desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Concorrência. Economia de mercado. Desenvolvimento. Desenvolvimento econômico. Desenvolvimento social. Crescimento.

**Abstract:** Competition law, as a market regulator, may be viewed as a body of politics and of norms with multiple goals. Consumer welfare is set as an immediate objective, but the achievement of this goal will be dependent on of the adoption of politics of a steady innovation, a dynamic efficiency as a source of development.

---

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professor Titular de Direito Econômico aposentado, Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Juiz Federal aposentado, ex-conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e advogado.

**Key-words:** Competition. Market economy. Development. Economic development. Social development. Growth.

## 1. Visão contextual

A Constituição Federal se preocupa com o tema da concorrência especialmente em quatro tópicos: nos artigos 146-A e 155, IV, letra “b”, ao tratar de matéria tributária. E mais especificamente nos artigos 170, IV, e 173, § 4º, dentro do capítulo da ordem econômica e social.

Mas esta ordem é concebida e organizada tendo em vista um objetivo a ser alcançado. Este objetivo é o do desenvolvimento econômico e social, ou, numa outra perspectiva, o desenvolvimento nacional equilibrado, como consta dos artigos 174, § 1º e 192. Estes artigos contêm as políticas a serem adotadas pelo Estado baseadas no princípio insculpido como fundamento do Estado Democrático de Direito, no artigo 3º, em que o Constituinte dispôs que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil... II - garantir o desenvolvimento nacional”.

Corporifica-se assim a ideologia, que servirá de eixo semântico para todo o texto da Constituição, impondo e garantindo uma visão contextual para todas as regras direcionadoras das políticas econômicas a serem implementadas.

Essa visão contextual apresenta ainda um outro elemento fundamental a orientar as políticas de Estado garantidoras da concorrência e a direcionar para o objetivo do desenvolvimento. O princípio fundamental da liberdade decorre dos artigos 1º e 3º, que impõem o dever de preservação da cidadania, da livre iniciativa, dos valores sociais do trabalho e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse objetivo de liberdade está insculpido consequentemente nos artigos 5º e 170 da Constituição Federal.

Essa inserção contextual é que leva Blake e Jones a afirmar que Bork e Bowman adotam uma posição reducionista, pois para estes o argumento fundamental é a premissa de que a “concorrência” que as leis antitruste querem promover e preservar é equivalente ao “livre mercado”, a irrestrita rivalidade de empresas independentes.<sup>2</sup> Admitem esta visão segundo a qual mercados efetivamente competitivos promovem o bem-estar econômico, quer efetivando uma eficiente alocação de recursos, quer estimulando a eficiência e progressividade do uso dos recursos, quer ainda minimizando a má distribuição da riqueza. Mas buscam a vinculação do fundamento do antitruste com a Constituição e por isso se recusam a aceitar que “o antitruste, como uma parte integrante da Constituição econômica dos Estados Unidos, possa ser defendido somente com esse fundamento. Os Estados Unidos, sobretudo, estão virtualmente sozinhos entre as nações do mundo ao submeter sua economia a uma política comprovada e de grande amplitude”.<sup>3</sup>

Essa visão contextual deve ser levada em conta para se entender o fenômeno vivido e suas configurações futuras. Cada tempo tem sua linguagem, cada época tem seu discurso. Podemos assinalar a evolução do discurso histórico, do discurso ideológico e do discurso jurídico. Cada um desses discursos tem seu vocabulário próprio, sua semântica própria, sua própria sintaxe, sua própria sistemática e coerência.

O código “cultura” de cada período da história da humanidade nos levará à compreensão do discurso ideológico que guia os homens que vivem num determinado período da história. Daí o chamado discurso histórico, que introduz o conceito de temporalidade através de sua vinculação com o

---

2 BORK, 1965 e BOWMAN, 1965. Cf. também BORK; BOWMAN, 1964, p. 587.

3 BLAKE; JONES, 1965.

significado passado e que afirma uma significação presente, projetando uma significação futura.

Não se pode deixar de acentuar que o discurso é a forma de comunicação por excelência. E o Direito, como expressão cultural, é também uma forma de comunicação e, portanto, de discurso. Compõe-se este de um conjunto de textos manifestados numa língua natural, constituído de um subconjunto de relações sintagmáticas e semânticas, com uma finalidade pragmática. O discurso existente nos textos jurídicos está atravessado por dois tipos de isotopia: há uma no discurso legislativo, feito de enunciados performativos e normativos, instaurando seres e coisas, instituindo as regras de comportamentos, e há uma segunda que aparece sob a forma de um discurso referencial que, embora não passe de uma elaboração ideológica, uma cobertura discursiva do mundo, apresenta-se como o próprio mundo social, anterior à fala que o articula.

O discurso jurídico somente se concretiza através de uma gramática jurídica, que decorrerá da coerência sintática, que é distinta da gramática da língua natural em que esse discurso se manifesta, e que se traduz na coexistência dos elementos que a compõem. Já a recorrência lexical tornará possível a existência de um dicionário jurídico autônomo, que será a manifestação e concretização de um determinado universo semântico a que daremos o nome de universo jurídico. Mas não são suficientes a gramática e o universo semântico para que se possa dizer configurado o discurso jurídico. Por isso Greimas distingue os enunciados qualificativos e os enunciados funcionais. Os primeiros situam-se na ordem do ser e identificam-se com o nível do dizer e do existir. Os segundos encontram-se na ordem do fazer, onde se trata de comportamentos prescritos ou proibidos.

Assim sendo, a sintaxe e a semântica jurídica, que são importantes para a perfeita compreensão do discurso jurídico, somente se completam dentro da totalidade dele, e isto se consegue com o nível pragmático. Explica então Greimas que

se o sistema jurídico, considerado na sua origem enquanto fala performativa absoluta que instaura uma ordem do mundo convencional e explícita – e na sua organização – chamando, pelo fato de anunciá-los, os seres e as coisas à existência e atribuindo-lhes funções precisas, delimitadas por regras prescritivas e proibitivas – aparece como uma arquitetura sólida e imutável – sendo a imutabilidade do direito uma de suas principais conotações –, nada impede que esse sistema evolua, complete-se e transforme-se, graças justamente aos discursos jurídicos sempre renovados que fazem suas inovações repercutir no nível do sistema que lhes é subtendido. Nesse sentido, a prática jurídica é produção do direito, regras e significações jurídicas novas.<sup>4</sup>

O Direito da Concorrência tem que ser visualizado dentro dessa óptica. O tema que desenvolvemos somente pode nos levar a um adequado conhecimento, se o inserirmos no contexto significativo da atual Constituição Federal, no contexto de uma economia de mercado internacional, no contexto de uma inegável globalização, sem nos desprendermos da fundamental preocupação social.

## 2. Relação entre concorrência e desenvolvimento

A relação entre Direito da Concorrência e desenvolvimento conduz forçosamente à análise dos conceitos de causa e condição. Quando falamos em concorrência visualizamos uma relação entre o fornecedor de bens ou serviços e o que demanda esses mesmos bens e serviços. Quem produz e vende tenta maximizar o seu bem-estar, pois procura vender por preço acima do custo, se possível muito acima se for o único

4 GREIMAS, 1981, pp. 20-21. Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, pp. 115-131.

vendedor. A busca do lucro é inerente à atividade produtiva. Se, entretanto, não for monopolista, fará todo esforço para vender seus produtos e serviços, no que terá que atentar para o preço oferecido pelos demais concorrentes.

Nesta corrida com outros, deverá fazer todo esforço para conseguir a maior satisfação dos compradores de seus produtos. Deverá, então, procurar maximizar o bem-estar do consumidor. A concorrência assim desencadeada seria a “causa” ou a “condição” do bem-estar do consumidor? E, por outro lado, a concorrência teria como finalidade alcançar esse bem-estar do consumidor, ou teria outros objetivos?

Ao responder a essa questão, Robert Bork afirma que *“antitrust is about the effects of business behavior on consumers. (“O antitruste trata dos efeitos do comportamento do comércio sobre os consumidores”).*<sup>5</sup> Ora, ao afirmar que se trata de “efeitos”, temos que indagar sobre a “causa” que produziria esses “efeitos”.

A “causa”, neste caso, não seria nem a causa material nem a formal. Nem mesmo a causa eficiente, porque o comportamento “não produz” o bem-estar do consumidor. Trata-se da “causa final”. Responde-se à pergunta: “com que finalidade” o produtor adota este ou aquele comportamento? O fim é aquilo por causa do qual se faz alguma coisa. A inteligência do produtor o faz ver que quanto mais aumentar o bem-estar do consumidor, quanto mais incrementar a satisfação do consumidor, maior sucesso terá. Todo agente age por força de uma finalidade. Assim a causa final move a causa eficiente à ação.

Mas vem logo a pergunta: o produtor tem em mira o bem-estar do consumidor ou o acréscimo de seu próprio bem-estar com o aumento do lucro? Daí a distinção entre

---

5 BORK, 1993, p. 90. Cf. também BORK; BOWMAN, 1964, p. 587 e BRODLEY, 1987.

causa final última e causa final intermediária. O produtor quer o seu próprio lucro, mas sabe que somente o alcançará se conseguir aumentar o bem-estar do consumidor.

Mas esta relação é condicionada. Ou seja, para alcançar seu objetivo, quer o do próprio lucro quer o aumento do bem-estar do consumidor, o produtor deverá satisfazer a determinadas condições. Trata-se aqui, não de uma condição lógica, mas de uma condição real ou ontológica, que deverá ser satisfeita. A condição real consiste numa circunstância ou num princípio que deverão ser satisfeitos, porque disso depende a realização de um acontecimento. A condição, suficiente ou necessária, será, pois, uma circunstância extrínseca aos sujeitos agentes, e que deve ser implementada para que a finalidade por eles almejada seja atingida. Aqui se incluem os conceitos de eficiência econômica (alocativa, produtiva, dinâmica), de inovação etc.

Aos conceitos de causa e condição, há que acrescentar a análise do conceito de consequência. Do ponto de vista lógico, diz-se que uma afirmativa é consequente quando é coerente com as premissas de que partiu. Do ponto de vista ético, a consequência é o resultado de uma ação humana. Assim, o desenvolvimento será consequência da expansão da atividade dos homens em relação aos homens, pela troca de bens ou serviços e pela troca de informação e de símbolos.<sup>6</sup> A consequência, o resultado, do aumento do bem-estar do consumidor será uma situação de desenvolvimento. Mas esta situação somente será alcançada se satisfeitas determinadas condições, se a produção for eficiente, se houver inovação, se houver adequada informação.

---

6 PERROUX, 1987, p. 56.

### 3. Finalidades do Direito da Concorrência

Adam Smith, visto como o pai do liberalismo econômico, é esquecido como filósofo. E sua lição quanto à lealdade e à justiça é comumente ignorada quando se fala de concorrência. Ensinou ele que

na corrida para as riquezas, em direção às honrarias e aos favores, o homem pode correr tão rápido quanto lhe seja possível, e tensionar cada músculo e cada nervo para ultrapassar todos os seus concorrentes. Mas se ele tivesse que empurrar ou derrubar a qualquer deles, a indulgência dos expectadores se acabaria imediatamente. Seria uma violação do jogo leal, que não poderiam admitir.<sup>7</sup>

Esta lealdade decorre da observância de uma virtude “cujas regras gerais determinam com a maior exatidão as ações exteriores que ela exige. Esta virtude é a justiça. As regras da justiça são precisas no mais elevado grau e não admitem nenhuma exceção ou modificação, a não ser aquelas que podem ser estabelecidas tão precisamente quanto estas mesmas regras e que geralmente decorrem dos mesmos princípios.”<sup>8</sup>

Ao tratar de qualquer ramo do Direito, não poderíamos desvinculá-lo da conexão com os valores humanos. E tudo que servisse para enaltecer, revelar e estreitar essa vinculação estaria contribuindo para o aprofundamento de cada área do Direito. É verdade que cada área de especialização tem seus princípios próprios, sua metodologia. Mas todas e cada uma estão vinculadas aos princípios inerentes ao ordenamento jurídico, que consagra os princípios fundamentais da justiça.

O Direito da Concorrência, por integrar o ordenamento jurídico e por fazer parte de um conjunto cultural da sociedade, tem princípios e métodos próprios e também se liga a uma finalidade, quer produzir resultados socialmente positivos

---

7 SMITH, 2003, p. 136.

8 SMITH, 2003, p. 244.

e justos. Assim como o Direito Tributário tem por finalidade defender o contribuinte perante o direito de arrecadar exercido pelo Estado, assim como o Direito do Trabalho tem por missão organizar as relações de trabalho subordinado, indaga-se qual é a finalidade do Direito da Concorrência.

Diversas são as posições dos autores. Robert Bork, por exemplo, coloca como fundamento da racionalidade do Direito Antitruste a resposta à pergunta: “Qual é o cerne do direito – quais são suas finalidades?” Tudo o mais decorreria da resposta que se desse a esta pergunta, pois “somente quando a questão das finalidades tenha sido fixada seria possível emoldurar um corpo coerente de regras substantivas”.<sup>9</sup> Reconhece que a muitas pessoas pareça mais atraente visualizar uma multiplicidade de finalidades. Mas afirma a superioridade da busca do bem-estar do consumidor porque “a) ela fornece uma advertência adequada; b) aplica corretamente as decisões políticas e legislativas no Congresso, em lugar dos tribunais; c) mantém a integridade do processo legislativo; d) exige distinções econômicas reais, e não reais; e) impede regras arbitrárias ou contrárias ao consumidor”.<sup>10</sup>

Richard Whish adere à proposta da Comissão Européia expressa por Neelie Kroes em palestra proferida em Londres em outubro de 2005:

O bem-estar do consumidor está atualmente bem estabelecido como o padrão que a Comissão aplica quando analisa fusões e

9 BORK, 1993, p. 50. Cf. também BORK, 1965 e BOWMAN, 1965.

10 BORK, 1993, p. 81. Stephen Martin, manifestando-se sobre a diversidade de posicionamentos sobre este tema, afirma que cada autor depende da bíblia econômica em que lê: “*The detailed review of the development of antitrust policy that follows shows that the goals of antitrust policy have changed over time. That is a useful antidote to claims that antitrust never had anything other than some one particular goal (what goal that might be is, of course, a point on which different authors hold different views). It also documents that economic arguments have been advanced to support almost all sides in the long debate about antitrust policy. The practical import of an economic approach to antitrust would seem therefore to depend very much on which economic bible one reads*” (MARTIN, 2010).

infrações às regras do Tratado sobre cartéis e monopólios. Nosso propósito é simples: proteger a concorrência no mercado como um meio de aumentar o bem-estar do consumidor e de assegurar uma eficiente alocação de recursos. Uma abordagem baseada em efeitos, fundamentada em sólida Economia, garante que os cidadãos gozem os benefícios de uma economia de mercado competitiva e dinâmica.<sup>11</sup>

Ressalta Whish, entretanto, que historicamente não existiu sempre uma única finalidade, até porque as políticas de proteção e garantia da concorrência não existem no vácuo. Elas são a expressão dos valores aceitos pela sociedade e consolidados no discurso jurídico da Constituição de cada povo, como notamos acima. Desta sorte, os diferentes ordenamentos jurídicos contêm tensões que impulsionam e informam as políticas adotadas.<sup>12</sup>

Dentro dessa amplitude de finalidades assinalada por Whish é que vamos encontrar posicionamentos importantes, entre eles o de Robert Pitofsky, que foi Presidente da Federal Trade Commission. Afirma ele que “embora as preocupações econômicas permaneçam preeminentes, ignorar estes fatores não-econômicos seria ignorar as bases da legislação antitruste e o consenso político em que o antitruste encontrou fundamento”.<sup>13</sup> Pitofsky parte da verificação de que

nunca houve provavelmente um período comparável à última década [...], quando economistas e advogados do antitruste tiveram grande sucesso em persuadir os tribunais a adotar uma abordagem **exclusivamente** econômica nas questões de antitruste. Neste artigo, defenderei um ponto de vista diferente. É equivocada história, má política e mau direito excluir alguns **valores políticos** ao interpretar o direito antitruste.<sup>14</sup>

---

11 WHISH, 2005.

12 WHISH, 2009, p. 19.

13 PITOFSKY, 1979, p. 1.075.

14 PITOFSKY, 1979, p. 979.

E quais seriam esses valores políticos a que se refere? Enumera três valores. O primeiro se revelaria no receio de que as concentrações econômicas sejam sustentáculo para políticas antidemocráticas, pois que a grande concentração de empresas poderia gerar um poder econômico de mercado. O segundo seria o desejo de aumentar a liberdade individual e empresarial em detrimento do bem-estar de todos. O terceiro seria a interferência do Estado na economia como consequência do domínio do mercado por poucos gigantes empresariais.

Como exemplo do receio da compressão das concentrações econômicas sobre as forças políticas, cita Pitofsky o caso *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, julgado em 1945, em que o Justice Learned Hand afirma:

[...] as grandes consolidações industriais são essencialmente indesejáveis, sem considerar-se seus resultados econômicos. Nos debates no Congresso o próprio Senador Sherman na passagem citada mostrou que entre as finalidades do Congresso em 1890 estava um desejo de colocar um fim nas grandes aglomerações de capital por causa da impotência a que ficavam reduzidos os indivíduos perante elas.<sup>15</sup>

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias – Acórdão T-168/01, de 27 de setembro de 2006, *Glaxo SmithKline Services Unlimited contra Comissão das Comunidades Europeias* – ressalta a contribuição para a promoção do progresso técnico e a subsidiariedade como elementos integrantes da apreciação de um caso de exportação paralela. Esta decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça em 6 de outubro de 2009.<sup>16</sup> Os fundamentos do Tribunal de Primeira Instância revelam a preocupação com finalidades políticas:

---

15 148 F 2nd 416 (2nd Cir. 1945).

16 Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P.

Os argumentos de GlaxoSmithKline levam a examinar em primeiro lugar se Glaxo Wellcome S.A. e os atacadistas espanhóis manifestaram uma vontade independente relativamente à regulamentação espanhola quanto a preços por atacado de medicamentos controlados pelo sistema espanhol de seguro doença, e portanto se a Comissão estava realmente em presença de um comportamento de empresas e não de um comportamento de Estado [...]. Se ficar evidente, depois desta avaliação, que a regulamentação em causa impõe um comportamento anticoncorrencial a empresas ou elimina toda possibilidade de comportamento anticoncorrencial da parte delas não se aplica o artigo 81, parágrafo 1º, do Tratado.<sup>17</sup>

Christopher Townley salienta que esta decisão do Tribunal de Primeira Instância é uma comprovação de que, além da finalidade de garantir o bem-estar do consumidor, o Direito da Concorrência contempla outras políticas. No seu livro defende posição mais compreensiva e abrangente da matéria, mostrando que as autoridades de defesa da concorrência, quando decidem uma questão, não se limitam à análise e aceitação de uma finalidade. Na decisão de qualquer caso existem várias políticas implicadas.<sup>18</sup>

A consideração de um conjunto de finalidades para o Direito da Concorrência coincide com a necessidade de uma visão contextual, como acima assinalado. Uma leitura das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos evidencia que foram aceitas múltiplas finalidades políticas, começando com uma preocupação com a promoção de uma boa performance do mercado e caminhando para uma avaliação do bem-estar. O equilíbrio entre os poderes, evitando sua apreensão por uma oligarquia industrial, foi uma ideologia aceita desde a formatação do pensamento constitucional americano. O Tunney Act de 1974 autoriza os Tribunais a levar em consideração a finalidade do interesse público, e nessa linha da

---

17 *Ibid.* n. 65 e 67.

18 TOWNLEY, 2009, p. 15.

ideologia do sistema político assegurar que o poder de um grupo seja contrabalançado pelo poder de outro.<sup>19</sup> A Divisão Antitruste salienta que o National Cooperative Research and Production Act (NCRPA) destinado a estimular a pesquisa e o desenvolvimento exige que os Tribunais analisem os efeitos competitivos de uma joint-venture de pesquisa e desenvolvimento (R&D) dentro do contexto de cada mercado relevante e sob a orientação de um parâmetro de regra da razão. A lei especifica que a conduta “deverá ser julgada na base de sua razoabilidade, levando em conta todos os fatores relevantes que afetem a concorrência inclusive, mas não limitadamente, os efeitos sobre a concorrência em mercados bem definidos de pesquisa, de desenvolvimento, de produção, de processamento e de serviços.”<sup>20</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Kenneth Elzinga enfatiza que, embora o conceito de eficiência seja o fundamento conceitual da economia, não é ela a finalidade das finalidades, mas deve ser harmonizada com a *equity*:

A eficiência é o fundamento científico da economia. Ela está mais próxima do conceito de átomo na química ou energia na física, do que o de “Estado” para os teóricos políticos ou de “graça” para os teólogos. A eficiência é em si mesma sem valor, mas, porque diretamente promove ou impede objetivos sociais, é capaz de atrair a admiração normativa ou o desprezo. Enquanto objetiva por sua natureza, a eficiência é muito admirada por economistas como normativamente desejável [...]. A eficiência, contudo, não deve ser perseguida como a finalidade das finalidades. Exatamente o contrário. Do ponto de vista da economia política, um sistema viável de mercado competitivo, adequadamente organizado com o antitruste, é somente um meio, não um fim [...]. O salmista nos diz que o Senhor julgará com equidade (*equity*). Tendo isto em mente, pode-se hesitar em afirmar que em matéria de antitruste o parâmetro deva ser a eficiência [...]. Assim, aqueles que começam

---

19 BLAKE, 1965 e BLAKE; JONES, 1965.

20 15 U.S.C. § 4302. Cf. FEINTUCK, 2004, p. 13.

por afirmar que a equidade (equity) e a eficiência sejam sempre finalidades mutuamente excludentes, e caminhem para se considerar diante de uma alternativa (trade-off), estão enganados. O aspecto agradável do antitruste é que os objetivos de equidade (equity) que servem de suporte para sua execução não conflitam seriamente, e às vezes se harmonizam, com a busca da eficiência econômica.<sup>21</sup>

#### 4. O desenvolvimento: condição – finalidade – resultado da política de concorrência

Depois de vermos que há divergências e convergências entre autores e no pronunciamento dos Tribunais quanto à finalidade da adoção de uma política de promoção da concorrência,<sup>22</sup> temos que indagar a respeito da correspondência entre concorrência e desenvolvimento.

O desenvolvimento seria uma condição para a concretização da concorrência, seria uma finalidade para o processo concorrencial ou seria o resultado dessa atitude essencial para a sobrevivência da atividade empresarial?

Antes, contudo, de responder a essas questões, será necessário dizer o que entendemos por desenvolvimento, distinguindo-o do crescimento. A compreensão destes dois aspectos da cultura humana é um pressuposto para a melhor

---

21 ELZINGA, 1976-7. Ao traduzir *equity* por *equidade*, não se pode perder de vista a origem cultural da *equity*. Assim, *equity*, como se encontra no *Black's Law Dictionary*, é “justice administered according to fairness as contrasted with the strictly formulated rules of common law. It is based on a system of rules and principles which originated in England as an alternative to the harsh rules of common law and which were based on what was fair in a particular situation [...]”. *A system of jurisprudence collateral to, and in some respects independent of, 'law'; the object of which is to render the administration of justice more complete*”.

22 Numa atitude de servilismo linguístico, costuma-se traduzir *competition advocacy* por *advocacia da concorrência*. Uma análise mais atenta mostra que o termo *advocacy* não tem o mesmo sentido que *advocacia* no português. O mais adequado, a meu ver, será traduzir *competition advocacy* por *promoção da concorrência*.

resposta a ser dada. Talvez as duas mais claras formas de conceituação e de distinção de “desenvolvimento” e “crescimento” tenham sido as apresentadas por Schumpeter e François Perroux. Ensina Schumpeter:

Entenderemos por “desenvolvimento”, portanto, apenas as mudanças da vida econômica que não lhe forem impostas de fora, mas que surjam de dentro, por sua própria iniciativa. Se se concluir que não há tais mudanças emergindo na própria esfera econômica, e que o fenômeno que chamamos de desenvolvimento econômico é na prática baseado no fato de que os dados mudam e que a economia se adapta continuamente a eles, então diríamos que não há nenhum desenvolvimento econômico. Pretenderíamos com isso dizer que o desenvolvimento econômico não é um fenômeno a ser explicado economicamente, mas que a economia, em si mesma sem desenvolvimento, é arrastada pelas mudanças do mundo à sua volta, e que as causas e, portanto, a explicação do desenvolvimento devem ser procuradas fora do grupo de fatos que são descritos pela teoria econômica.<sup>23</sup>

Salienta Schumpeter que, quando há uma “continuidade”, de forma linear, existe crescimento somente. O desenvolvimento somente ocorre quando há uma “descontinuidade”, quando é essencial o conceito de “novidade” decorrente justamente da criatividade humana, originada, portanto, da inventividade. É algo que surge de dentro para fora, do espírito humano para o mundo da realidade concreta das coisas.

Esse aspecto criativo que caracteriza o conceito de desenvolvimento levou F. M. Scherer a enfatizar a contribuição de Schumpeter, afirmando que a eficiência econômica é multifacetada. Apresenta três aspectos de eficiência, a alocativa, a eficiência produtiva (que ele denomina *X-efficiency*) e a eficiência tecnológica que se concretiza a longo prazo. Depois de analisar as questões pertinentes aos dois primeiros aspectos, adentra o tema da eficiência tecnológica dinâmica,

---

23 SCHUMPETER, 1997, p. 74.

reforçando a distinção já elaborada por Schumpeter entre os modos tradicionais de análise “estática” e o movimento da máquina capitalista, que adota novos métodos de produção e transporte, novos mercados, novas formas de organização industrial.<sup>24</sup> Este aspecto dinâmico e criador da eficiência afeta o modo de vida da sociedade muito mais poderosamente do que a eficiência alocativa e produtiva, sem desmerecer de qualquer forma a importância destas duas. Essa comparação serve de fecho para a análise de Scherer:

Há um pouco de coisas que nós sabemos sobre as relações entre antitruste e eficiência, e muito mais que nós não sabemos. Sabemos que muitas discussões de antitruste e eficiência violaram a ordem do Novo Testamento contra a atitude de focalizar-se no cisco, na partícula, e ignorar a trave.<sup>25</sup> A eficiência produtiva (X-efficiency) é muito mais importante quantitativamente do que a eficiência alocativa, e a eficiência dinâmica é bem seguramente ainda mais importante. Sabemos que as conexões entre antitruste, concorrência, e também entre eficiência produtiva e eficiência dinâmica são complexas e difíceis de se estabelecer com precisão [...].<sup>26</sup>

24 SCHUMPETER, 1971, pp. 120 - 121. Ensinou Schumpeter que “o capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não somente não é jamais estacionário, mas que não pode sê-lo nunca” (p. 120) E acrescenta que “a abertura de novos mercados, estrangeiros ou nacionais, e o desenvolvimento da organização da produção, desde a oficina de artesanato e a manufatura até os *concerns* tais como os do aço dos Estados Unidos (*U.S. Steel*), ilustram o mesmo processo de mutação industrial – se me é permitido usar esta expressão biológica – que revoluciona incessantemente a estrutura econômica ‘a partir de dentro’, destruindo ininterruptamente o antigo e criando continuamente elementos novos. Este processo de **destruição criadora** constitui o dato de fato essencial do capitalismo. Nela consiste definitivamente o capitalismo e toda empresa capitalista tem que moldar-se a ela para viver [...]” (pp. 120-121).

25 Cf. MATEUS, 7, 3-5: “Por que reparas no cisco que está no olho do teu irmão, quando não percebes a trave que está no teu? Ou como poderás dizer ao teu irmão: ‘Deixa-me tirar o cisco do teu olho’, quando tu mesmo tens uma trave no teu? Hipócrita, tira primeiro a trave do teu olho, e então verás bem para tirar o cisco do olho do teu irmão”.

26 SCHERER, 1987.

Adotando a distinção de Schumpeter entre crescimento e desenvolvimento, François Perroux suscita uma reflexão filosófica que deve permear a análise econômica. Afirmando que “o ‘novo’ desenvolvimento quer-se ‘global’, ‘integrado’, ‘endógeno’”, acolhe e aprofunda a distinção. Critica o individualismo utilitarista que presidiu ao nascimento da economia, mas que se degradou em hedonismo e materialismo vulgares, e propõe o respeito à solidariedade humana e aos valores que qualificam e dignificam o homem. Salienta que “há cada vez menos economistas e observadores competentes a sustentar que o mercado sem correção basta para assegurar o bom funcionamento da economia. Por toda parte, no Ocidente, a lógica da economia de mercado é corrigida pela lógica da economia de solidariedade.”<sup>27</sup>

Partindo do pressuposto de que “o desenvolvimento pressupõe a expansão da atividade dos homens em relação aos homens, pela troca de bens ou serviços e pela troca de informação e de símbolos”, Perroux, salientando que recusa os reducionismos, mostra os elementos quantitativos constituintes do desenvolvimento, dividindo-os em dois tópicos: os indicadores elaborados em torno do crescimento e os indicadores sociais.

No que tange aos primeiros, enumera o produto real *per capita*, os níveis de vida e os balanços de aprovisionamento (conteúdo de vida, padrão de vida e nível de vida *stricto sensu*), produtividade e indicadores de estruturas (setores primário, secundário e terciário). Quanto aos segundos, os indicadores sociais, mostra Perroux que a distinção entre o “econômico” e o “social” foi imposta por interesses poderosos, transformando-se num instrumento de burla coletiva. Nessa visão, as transferências sociais são tidas como “encargos” que agravam os custos econômicos.<sup>28</sup>

---

27 PERROUX, 1981, p. 205.

28 PERROUX, 1981, pp. 56-97.

A política do novo desenvolvimento tem como finalidade a libertação de um povo, perseguida através do desenvolvimento material, intelectual e espiritual. Não pode ele ser obtido através da servidão ou da subordinação. O desenvolvimento decidido por outrem rompe a identidade cultural de um povo. Contrariando o conceito de desenvolvimento, que enfatiza o movimento de dentro para fora, a concretização das potencialidades existentes na alma de um povo, os países em desenvolvimento sofreram uma *estruturação* vinda de fora e jamais assimilada e deflagram uma luta econômica e política para tornar real uma *reestruturação* consoante com a sua cultura própria. Sob este aspecto, Perroux faz uma análise da adoção dos princípios que regem a concorrência:

A proteção das indústrias nascentes foi invocada e elaborada pelos Estados Unidos nos seus primórdios e várias vezes retomada e atualizada. Sem que se tire dela uma consequência grave: a parte de verdade que contém obriga, quando explorada a fundo, a reconhecer que a concorrência deixa de existir se é praticada entre parceiros demasiado desiguais. A concorrência é um desporto que tem as suas regras e que não dá nenhum dos seus frutos quando a partida está de antemão decidida. A concorrência econômica deve fazer triunfar o “melhor”, o que produz ao melhor custo e vende ao mais baixo preço: é uma pura aparência se um dos parceiros é bastante forte, de fato, para produzir o que decide e “impor” o débito disso ao custo e ao preço que só ele pode praticar provisoriamente ou por “um longo período”. Temos plena consciência de acentuar o fato. É com o desejo de pôr em evidência posições dominantes que escapam à teoria corrente do monopólio ou do oligopólio fundada sobre dois parâmetros somente, os preços e as quantidades. O país em desenvolvimento, desejoso de escapar às estruturas dominantes, poderia, aliás, tirar partido do conceito de “custos comparativos antecipados”. É partindo dos custos comparativos atuais e efetivos que as economias mais poderosas lutam pela redução das fronteiras aduaneiras. O liberalismo extremo, qualquer que seja a posição de partida, é uma doutrina neutra na aparência, mas unilateral de fato.<sup>29</sup>

29 PERROUX, 1981, pp. 230-231.

É verdade que o desenvolvimento, se planejado de fora, normalmente não atende às necessidades culturais do país que é alvo. Geralmente violenta essa cultura. Cada povo, cada país tem que gerar e planejar seu desenvolvimento. A legislação de cada país pode, sim, espelhar-se nas experiências de outros países, principalmente aqueles que a adotam desde maior lapso de tempo, mas deve sempre ser um reflexo de sua própria cultura. Será sempre desejável espelhar-nos na criatividade da legislação e da prática dos Estados Unidos no campo do Direito da Concorrência, mas não podemos esquecer nunca que a nossa cultura está vinculada a uma raiz europeia. A nossa legislação como um todo vincula-se a uma cultura europeia, haja vista a tradição do Código Civil e do Código Comercial.

Essa necessidade de observância das raízes culturais vem sendo apontada pelos organismos internacionais. No Consenso de Monterrey os países participantes evidenciam que tanto os governos quanto as empresas têm um papel importante para a concretização do desenvolvimento econômico e social. Os governos têm que estabelecer os arcabouços, as estruturas de legislação e organização, enquanto as empresas devem engajar-se de forma confiável e consistente no processo de desenvolvimento.<sup>30</sup>

É óbvio que essa vinculação à linhagem cultural não nos pode impedir de olhar para o futuro. Por ocasião da comemoração do centenário do *Sherman Act*, Phillip Areeda afirma que o direito antitruste só será capaz de enfrentar o desafio por mais cem anos, se for receptivo em princípio à eficiência, crescimento e inovação, dentro de um conceito mais amplo de política industrial:

A política industrial, em seu sentido mais amplo, é a soma de tudo que afeta a produção e inovação, tanto quanto o consumo e

---

30 MONTERREY, 2002.

o investimento. Não muito confiante em que nosso conjunto de políticas habilita e encoraja a indústria americana a competir com a eficiência e inovação alienígena, indago-me se o direito antitruste estimula ou impede a produtividade, a eficiência e a inovação [...].<sup>31</sup>

A concorrência favorece, portanto, a inovação, a criatividade, resultando em maior nível de desenvolvimento. Inovação pressupõe avanço tecnológico, pressupõe elevado nível de educação. Esta criatividade pode até mesmo resultar em monopólio, que não pode ser punido pelo Direito, como Learnd Hand afirmou:

Um único produtor pode vir a ser o único sobrevivente de um grupo de concorrentes em atividade, meramente em virtude de sua habilidade, sua capacidade de previsão e sua engenhosidade. Em tais casos socorre em seu favor um forte argumento, embora o resultado possa expor o público aos perigos de um monopólio, pois a Lei Sherman não quer condenar o resultado das reais criatividades que tem por primeiro objetivo impulsionar: finis coronat opus. O competidor bem sucedido, tendo sido estimulado a concorrer, não deve ser condenado quando vence.<sup>32</sup>

Punir o concorrente que vence por ter sido o melhor, dentro das regras do jogo leal, que “não empurrou nem derrubou o adversário”,<sup>33</sup> seria desestimular a inovação. É o que o Justice Douglas afirma:

O monopólio, como previsto pelo artigo 2 da Lei Sherman tem dois elementos: 1) a detenção do poder de monopólio no mercado relevante e 2) a intencional aquisição ou manutenção deste poder diferentemente do crescimento e desenvolvimento como consequência

---

31 AREEDA, 1992, p. 29.

32 *U.S. v Aluminum Co. of America et alii*, nº 144, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, March 12, 1945.

33 Como já visto, Adam Smith obtempera que “na corrida às riquezas, às honras e aos favores, (cada homem) pode correr o mais depressa possível, tensionar cada músculo e cada nervo para ultrapassar seus concorrentes. Mas se ele empurrar ou derrubar qualquer deles, a indulgência dos espectadores se acabaria. Seria uma violação do jogo leal, que eles não poderiam admitir” (SMITH, 1999, p. 136).

ência de um produto superior, de uma sagacidade empresarial, ou de uma ocorrência acidental. Veremos que este segundo item não apresenta maior problema aqui [...].<sup>34</sup>

Aliás, o valor fundamental a permear toda atividade econômica é a lealdade, que é um valor moral, e pode-se dizer também valor econômico, no sentido etimológico de economia, mas também um valor de universalidade. As normas (*νομια*) que regem a casa (*οικος*) estão centradas numa relação de lealdade. Existente esta no ambiente do lar, da empresa, do Estado, da comunidade internacional, o resultado será sempre altamente positivo. A lealdade é a essência do comportamento competitivo. A lealdade constitui o cerne da justiça comutativa e distributiva. É importante ressaltar que, em se tratando de valor, colocamo-nos dentro do contexto acima mencionado das relações de causa. O valor é causa eficiente, que impulsiona a agir de determinada maneira, mas é também causa final, como sinalizador dos objetivos a serem alcançados.

Somos assim levados a retornar ao filósofo Adam Smith, à sua visão e lição filosófica quase sempre esquecida e superada pela concepção das relações comerciais. Insiste ele na concepção da justiça como a virtude central a guiar as relações humanas, o que nos dá suporte para também dizer que o Direito da Concorrência somente poderá vir a ser fator de desenvolvimento se impregnado da essência da virtude da justiça. Mas o Direito da Concorrência tem por meta ir além da importante realização da justiça, buscando criar situações de melhoria de vida para todos, buscando o desenvolvimento. Essa dupla feição nos é apresentada na forma de diferença de campos da linguagem por Adam Smith:

Há, entretanto, uma virtude cujas regras gerais determinam com a maior exatidão as ações exteriores que ela exige. Esta virtude é a

---

34 *United States v. Grinnell Corp. et alii*, 384 U.S. 563, 1966.

justiça. As regras de justiça são precisas no mais elevado grau e não admitem nenhuma exceção ou modificação, a não ser aquelas que podem ser estabelecidas tão precisamente quanto essas mesmas regras e que, geralmente, decorrem dos mesmos princípios. [...] As regras de justiça podem ser comparadas às regras de gramática; aquelas das outras virtudes às regras que os críticos estabelecem para chegar ao sublime e à elegância na composição. Uma são precisas, exatas e indispensáveis. As outras são imprecisas, vagas e indeterminadas, e elas nos apresentam uma ideia geral da perfeição que nós devemos procurar atingir, mesmo que não nos ofereçam indicações certas e infalíveis para alcançá-la. Um homem pode aprender a escrever em conformidade com a gramática com a mais absoluta infalibilidade, seguindo as regras; da mesma forma, talvez, pode aprender a agir justamente. Mas não há regras cuja observância nos conduza infalivelmente à elegância e ao sublime na escrita, embora algumas regras nos possam ajudar, em certa medida, a corrigir e precisar as idéias vagas que nós poderíamos ter destas perfeições [...].<sup>35</sup>

O Direito da Concorrência pressupõe a persecução da justiça, a busca da segurança nas relações interpessoais, mas busca justamente esse terreno para além da gramática, em que não há regras absolutas, em que a análise das situações concretas, à luz dos princípios fundamentais e dos valores básicos, é que vai ditar os parâmetros de conduta adequada em cada situação concreta. A elegância e o sublime a que se refere Adam Smith no terreno da linguagem são objeto da busca e da análise da semântica e da estilística, que não tem regras tão firmes, tão taxativas quanto as da gramática. Assim também o Direito da Concorrência se encontra num campo das relações econômicas, as relações entre oferta e demanda, em que não é possível estabelecer regras tão rígidas quanto as da gramática jurídica. O que se busca é o “adequado”, que é campo do aperfeiçoamento das relações humanas.

35 SMITH, 1999, pp. 244-246.

## 5. Conclusão

Não se pode atribuir a um determinado ramo do Direito uma finalidade única, excludente das demais. Qualquer área do Direito se situa numa relação contextual irrefragável. Esse contexto implica que cada ramo do Direito se encontra numa interseção, numa confluência de múltiplos interesses que devem ser objeto da normatividade. O Direito da Concorrência procura, sim, buscar a eficiência, aumentar o bem-estar do consumidor, estimular a inovação.

É, contudo, fundamental observar que, para concorrer no mercado, devem os concorrentes ter já atingido um determinado nível de desenvolvimento, o que revela que este se põe como uma condição para a implementação de um Direito da Concorrência. Por outro lado, os concorrentes têm por finalidade implementar o seu lucro, sendo para isso indispensável procurar satisfazer e realizar o bem-estar dos consumidores. Somente poderão conseguir esse objetivo, alcançar essa meta, aqueles concorrentes que forem mais eficientes e que conseguirem inovar constantemente. Essa visão contextual nos conduz a um aprofundamento da razão filosófica da concorrência. Esta se processa entre seres humanos e por eles é desencadeada, para maior satisfação das próprias necessidades materiais, imateriais e supramateriais. Penetra-se, assim, num campo de indagação humanista. Uma perspectiva humanista é essencial para se entender o Direito da Concorrência e para a adoção de adequadas medidas. Não se pode ter uma visão reducionista, embora possamos, para efeito de indagação científica, focalizar um único ponto para maior aprofundamento. Como lembra Bento XVI na Encíclica *Caritas in Veritate*, o quadro do desenvolvimento é *policêntrico*.<sup>36</sup> A atividade econômica não pode guiar-se

---

36 PAPA BENTO XVI, *Caritas in Veritate*, n. 22.

somente pela *lógica mercantil*, mas tem de se orientar para a realização do bem comum, que é certamente uma outra perspectiva de desenvolvimento.

Essa visão humanista do Direito da Concorrência encontra seu pressuposto na concepção humanista de mercado, expressa por Bento XVI:

O mercado, se houver confiança recíproca e generalizada, é a instituição econômica que permite o encontro entre as pessoas, na sua dimensão de operadores econômicos que usam o contrato como regra das suas relações e que trocam bens e serviços entre si fungíveis, para satisfazer as suas carências e desejos. O mercado está sujeito aos princípios da chamada justiça comutativa, que regula precisamente as relações do dar e receber entre sujeitos iguais. Mas a doutrina social nunca deixou de pôr em evidência a importância que tem a justiça distributiva e a justiça social para a própria economia de mercado, não só porque integrada nas malhas de um contexto social e político mais vasto, mas também pela teia das relações em que se realiza. De fato, deixado unicamente ao princípio da equivalência de valor dos bens trocados, o mercado não consegue gerar a coesão social de que necessita para bem funcionar. Sem formas internas de solidariedade e de confiança recíproca, o mercado não pode cumprir plenamente a própria função econômica. E, hoje, foi precisamente esta confiança que veio a faltar, e a perda da confiança é uma perda grave.<sup>37</sup>

Esta posição filosófica nos leva a um retorno à afirmativa inicial deste artigo. A ordem social e econômica estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil é concebida dentro dessa visão humanista. O Estado Democrático de Direito significa justamente a busca constante do objetivo do desenvolvimento econômico e social, do desenvolvimento nacional equilibrado. Estabelecida essa meta como fundamento do Estado, é certo que todas as medidas, de ordem legislativa, de ordem executiva ou de ordem jurisdicional devem direcionar-se para a implementação

---

37 PAPA BENTO XVI, *Caritas in Veritate*, n. 35.

dessa finalidade. O regime de economia de mercado adotado pela Constituição de 1988 deve ser visto como direcionador de todas as políticas econômicas para a implementação dessa visão. E o Direito da Concorrência, um capítulo importante da ordem jurídico-econômica, se insere dentro desta visão contextual, que justamente lhe confere significado.

## Referências

AREEDA, Phillip. Antitrust law as industrial policy: should judges and juries make it? In: (org.). JORDE, Thomas; TEECE, David. *Antitrust, innovation, and competitiveness*. New York: Oxford University, 1992.

BLAKE, Harlan M.; JONES, William K. Toward a three-dimensional antitrust policy. In: *Columbia Law Review*, v. 65, n. 3, pp. 422-466, 1965.

BLAKE, Harlan M.; JONES, William. In defense of antitrust. In: *Columbia Law Review*, v. 65, n. 3, pp. 377-400, 1965.

BORK, Robert. Contrasts in antitrust theory: I. In: *Columbia Law Review*, v. 65, n. 3, 1965.

BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.

BORK, Robert; BOWMAN, Ward. The crisis in antitrust. In: *The Antitrust Bulletin*, v. IX, n. 5, 1964.

BOWMAN, Ward. Contrasts in antitrust theory: II. In: *Columbia Law Review*, v. 65, n. 3, 1965.

BRODLEY, Joseph. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. In: *New York University Law Review*, v. 62, pp. 1020-1048, 1987.

ELZINGA, Kenneth G. The goals of antitrust: other than

competition and efficiency, what else counts? In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n. 6, pp. 1191-1213, 1977.

FEINTUCK, Mike. *"The public interest" in regulation*. Oxford: Oxford University, 2004.

GREIMAS, A-J. *Semiótica e ciências sociais*. São Paulo: Cultrix, 1981.

KROE, Neelie. *Palestra de 15 de setembro de 2005*. Disponível em [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Fusões de empresas e seus reflexos no direito do trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 36, n. 66, pp. 115-131, 2002.

MARTIN, Stephen. *The goals of antitrust and competition policy*. Purdue University West Lafayette: Purdue University, 2007. Disponível em <http://www.krannert.purdue.edu/centers/CIBER/publications/pdf/2007/Martin%202007-003.pdf> Acesso em 26.02.2010.

MONTERREY Consensus of the International Conference on Financing for Development: the final text of agreements and commitments adopted at the International Conference on Financing for Development. Monterrey, México, 18-22, March, 2002. United Nations, 2003. Disponível em <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf> Acesso em 26.02.2010.

PAPA BENTO XVI. Carta Encíclica *Caritas in veritate*, 193.

PERROUX, François. *Ensaio sobre a filosofia do novo desenvolvimento*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.

PERROUX. François. *Ensaio sobre a filosofia do novo desenvolvimento*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987.

PITOFISKY, Robert. The political content of antitrust. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, pp. 1051-1075, 1979.

SCHERER, Frederic. Antitrust, efficiency, and progress. In: *New York University Law Review*, v. 62, n. 5, pp. 998-1020, 1987.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHUMPETER, Joseph. Teoria do desenvolvimento econômico. Coleção: os economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SMITH, Adam. *Théorie des sentiments moraux*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford/Portland: Hart, 2009.

WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University, 2009.

WHISH, Richard. *Palestra de 15 de setembro de 2005*. Disponível em [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

---

Recebido em 20/09/2011.

Aprovado em 14/03/2012.

