

OS LIMITES OPERATIVOS DO DIREITO E A REGULAÇÃO JURÍDICA POR INCENTIVOS PARA A REDUÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

Leandro Alexi Franco

1. Introdução

A discussão acerca dos problemas decorrentes da concorrência desleal certamente não é um movimento novo tanto para a ciência jurídica como para a economia. Principalmente com a abertura econômica promovida nos anos 1990, o tema da concorrência empresarial ganha destaque não só nas literaturas econômicas e jurídicas, mas substancialmente como instrumento e objetivo de política econômica para o crescimento e desenvolvimento econômico e social do país.

É cada vez mais comum na sociedade notícias sobre a promoção e a defesa da concorrência no Brasil. A aquisição de empresas com forte presença no mercado chamaram a atenção para a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O caso Nestlé-Garoto trouxe novamente a política de concorrência ao centro das atenções na mídia, fenômeno em certa medida semelhante ao ocorrido com a criação da Ambev. Em outra vertente, a investigação, descoberta e punição de condutas anticoncorrenciais, principalmente sob a forma de cartéis, constituem hoje os principais focos de atuação das autoridades antitruste.

Embora esses sejam os problemas concorrenciais mais conhecidos e difundidos, a questão da concorrência desleal apresenta uma abrangência muito maior e bem mais preocupante. Abrangência que adquiriu uma dimensão de bilhões de reais em perdas para a economia brasileira decorrentes da redução do número de empregos formais, da utilização ociosa do parque industrial nacional, da diminuição na arrecadação de impostos dos governos federal, estadual e municipal, entre outros custos sociais. Entidades setoriais e institutos públicos e privados cada vez mais se preocupam com os aspectos nocivos das práticas ilegais de comércio e da concorrência predatória praticada por empresas que, em decorrência do não cumprimento de alguma legislação, obtém vantagens competitivas. São as famosas práticas de pirataria, contra-

bando, informalidade, sonegação fiscal, descumprimento de normas técnicas e ambientais, descumprimento de obrigações trabalhistas, entre outras.

A situação também é preocupante, pois muitas dessas práticas tornam-se difíceis de serem combatidas pela dificuldade de investigação por parte do Estado. Assim, por constituir um dos principais obstáculos ao crescimento econômico é preciso entender o que motiva o número significativo de práticas desleais no mercado brasileiro e a melhor forma de reduzi-lo. A questão deixa de ser uma análise de mérito se a conduta é ou não anticompetitiva e qual deve ser a punição para a prática, mas compreender as motivações que a incentivam, até mesmo como forma de evitar que ela ocorra desde o início.

Nesse contexto, a abordagem que se pretende no presente trabalho difere do amplamente discutido – porém não menos importante – impacto de práticas anticompetitivas na economia brasileira, assim como não tem por intenção analisar todas, ou alguma prática anticoncorrencial em espécie. Ao contrário, o enfoque proposto tem por objetivo chamar a atenção para uma questão preliminar: como criar um compromisso de harmonia entre os objetivos de política pública para o justo desenvolvimento econômico e o propósito do agente econômico em busca de menores custos e maiores lucros? Em outras palavras, como garantir que a legislação, que pretende garantir esses valores éticos no mercado, seja cumprida?

A questão que se pretende enfrentar, portanto, é entender por que a concorrência desleal se tornou um problema tão grave na sociedade brasileira. Parte dessa pergunta pode ser respondida se for analisado o pano de fundo jurídico e institucional que está por trás dessa discussão. Ao mesmo tempo em que estudar as transformações que sofreram a economia brasileira e o direito ajudam a entender a proliferação de práticas competitivas destrutivas e a dificuldade de evitá-las, entender o ambiente institucional que disciplina o mercado e o comportamento social permitirá compreender quais os motivos que incentivam ou desincentivam os agentes econômicos a agirem conforme ou não a lei.

Para alguns teóricos do Direito e da Economia, esses problemas descritos podem ser traduzidos como incentivos e desincentivos a um determinado comportamento social. Diante de um determinado ambiente institucional, o concorrente desleal vê-se incentivado a não cumprir a lei, pois os benefícios que irá auferir certamente serão maiores do que os custos que eventualmente poderá arcar. A atuação estatal repressora não funcionaria como um desincentivo ao comportamento desleal, não por não haver lei que proíba, mas por não haver meios eficientes que a faça ser observada. Por sua vez, o agente privado lesado

pelo concorrente desleal, que em tese poderia gerar um incentivo contrário à conduta ilegal ao denunciar essa prática, também é desincentivado a oferecer a denúncia, pois pode sofrer prejuízo maior com uma possível retaliação, ou não encontra/desconhece mecanismos pouco custosos e eficazes para tutelar o seu problema. Essas indagações serão debatidas no desenvolvimento do trabalho.

Embora pareça muito mais teórico do que prático, o tema não se faz menos importante, pois não se pode refletir ou encontrar soluções para o problema da concorrência desleal se ele não for contextualizado nas transformações recentes que sofrem o Estado e o direito.

Inicia-se o trabalho com uma breve contextualização acerca da evolução da industrialização no Brasil e a descrição histórica das mudanças de paradigmas na política da concorrência, análises que fornecerão subsídios para compreender as transformações na racionalidade estratégica empresarial e no papel do direito na sociedade moderna. Depois, destacar-se-á os limites de legitimidade e eficácia pelos quais atravessa hoje o sistema jurídico tradicional, típico do Estado do Bem-Estar Social. Em seguida, não como uma solução única ou mais correta, mas como instrumental analítico a ser utilizado, apresentar-se-á a análise econômica do direito como base teórica que se preocupa justamente em como garantir maior eficiência à atuação do Estado, não mais voltada ao estabelecimento rígido de metas e diretrizes unilaterais para o planejamento empresarial, mas produzindo regras bilaterais e procedimentais que incentivem os agentes econômicos a agirem com ética concorrencial e responsabilidade social.

2. Evolução da concorrência empresarial e a transformação do direito na economia globalizada

2.1. A industrialização no Brasil e a evolução da concorrência empresarial

Desde a metade do século XX, o setor industrial mundial sofreu uma série de mudanças em virtude de revoluções tecnológicas, modificações políticas e regulatórias e o fortalecimento do poder econômico. Em vista das novas exigências do cenário econômico mundial, o Estado passa a introduzir maciçamente políticas de aumento de competitividade industrial de forma a fomentar o desenvolvimento econômico interno. Surgiram os grandes conglomerados mundiais, muitas vezes influenciados pela própria política econômica interna de cada país. A necessidade por economias de escala e escopo, reduzindo os custos de transação e aumentando a capacidade produtiva das

empresas levou a uma concentração do poder econômico, seja através de fusões e aquisições entre empresas, ou a formação de grandes conglomerados, seja a participação societária ou financeira entre as empresas.

No caso do Brasil especificamente, desde a passagem do período colonial para a industrialização, o país sempre tendeu à proliferação de empresas desprovidas de poder competitivo. A estrutura industrial brasileira era marcada por uma multiplicidade de empresas nacionais, pequenas e com insuficiência de escala, ao lado de um número reduzido de empresas estrangeiras, com escala competitiva. No início da década de 1950, desde o novo mandato de Getúlio Vargas (1951-1954), o governo procurou incentivar o desenvolvimento econômico através de investimentos públicos em infra-estrutura de transportes e energia, da abertura de crédito externo, do estímulo ao financiamento de bancos privados nacionais e da criação, em 1952, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), claramente direcionado para fomentar a industrialização nos mais diversificados setores da economia. Durante o governo de Juscelino Kubitschek seguiu-se o programa econômico nacional-desenvolvimentista (Plano de Metas), com a promoção da industrialização pela substituição de importações¹. Entretanto, já no final do governo de Juscelino, iniciava-se a crise que veio a desestabilizar o Plano de Metas, gerada, principalmente, pelo crescente déficit no balanço de pagamentos e o aumento da inflação devido aos excessivos gastos governamentais para sustentar a industrialização.

A economia brasileira somente se recuperou nos primeiros anos do regime militar. Com o objetivo de reformar o sistema econômico e modernizar o capitalismo nacional, entra em vigor o primeiro plano econômico para revitalizar a economia nacional, o PAEG (Programa de Ação Econômica do Governo)², que em pouco tempo retomou o crescimento da economia brasileira e formou as bases do desenvolvimento capitalista que se seguiu ao longo dos anos, e culminou com o “milagre brasileiro” no início da década de 1970.

¹ No modelo então adotado, o Estado tinha o papel de controlar e desenvolver os setores de indústria de base e de infra-estrutura (transportes, comunicação e energia), enquanto os demais setores ficariam a cargo da empresa privada. Entretanto, mesmo sendo chamado de nacional-desenvolvimentista, o plano dependia diretamente da parceria entre o Estado, a empresa privada nacional e, em larga escala, o capital estrangeiro. Em linhas gerais, essa política econômica constituiu as raízes daquela que seria adotada pelo governo militar.

² Entre suas principais medidas, o programa reduziu os gastos governamentais, para reduzir o déficit público, aumentou a arrecadação de impostos, contraiu o crédito privado e comprimiu os salários.

Na seqüência, o I° PND (Plano Nacional de Desenvolvimento³), implementado pelo governo militar, buscava promover o desenvolvimento econômico nacional através do processo de substituição de importações, aumentando as exportações de produtos industrializados e diminuindo a dependência em relação aos bens de consumo estrangeiros. Para o sucesso desse modelo econômico, imaginou-se necessária a concentração da produção em grandes unidades, principalmente nos setores industriais de dinamismo tecnológico e que necessitavam de economias de escala, através de parcerias entre o capital privado nacional, as empresas estatais e as multinacionais.

Motivado pelo sucesso do plano econômico implementado, período do chamado “milagre brasileiro” (1969 a 1973), o governo seguinte lançou o II° PND, com o objetivo de completar o processo de substituição de importações⁴.

Em conjunto e como complemento à política de concentração empresarial, o Estado também atuava diretamente no controle de preços. Em 1968, foi criado o CIP⁵ (Conselho Interministerial de Preços), com o objetivo de fixar e executar a regulação de preços na economia nacional. O objetivo do governo era controlar os preços dos monopólios e dos oligopólios – que existiam no país e que conseqüentemente se formariam em larga escala com a proposta concentracionista da política econômica – e com isso impedir o crescimento da inflação. Diante de uma estrutura econômica fortemente concentrada, não é difícil perceber que quase todos os setores da indústria brasileira estavam submetidos ao regime de controle de preços do CIP. O resultado foi uma cartelização induzida pelo governo. Basta compreender a sistemática do controle: o CIP requeria da associação representante de um setor industrial que apresentasse uma planilha de custos consolidada, com os custos diretos e indiretos de cada empresa proporcionais a sua participação no mercado. Essas informações de custos e de participações no mercado acabavam por serem divididas entre todos os concorrentes do mercado. Com o CIP criaram-se condições para o acordo de preços entre as indústrias, possibilitando a forma-

³ O I° PND foi implementado pela Lei 5.727 de 4 de novembro de 1971.

⁴ Entretanto, este segundo plano, diferente das propostas do I° PND que se concentravam nas indústrias de bens de consumo, focalizou suas atenções no avanço dos setores de insumos básicos e da indústria de bens de capital diante da preocupação em garantir uma autonomia nacional das fontes de energia diante da crise internacional do petróleo que havia estourado em 1973.

⁵ O Conselho Interministerial de Preços foi instituído pelo Decreto 63.196/1968.

ção de tabelas uniformes de preços e paralelismos de comportamento⁶. Os resultados dessa política econômica foram evidentes ao longo de muitos anos da economia nacional: inflação crônica, ineficiência da empresa nacional, falta de incentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, prejuízo direto para o consumidor. De certa forma, o diagnóstico desses resultados motivou, entre outras razões, a necessidade de reforma do Estado e da economia que foi implementada no início da década de 1990.

Observe-se, através dessa breve descrição da industrialização nacional, que a estrutura empresarial brasileira foi planejada sob um regime de monopólio ou oligopólio, reduzindo, portanto, a participação da concorrência tanto como instrumento de política industrial, como estratégia empresarial. Quanto ao último aspecto, não havia, portanto, qualquer incentivo para uma política interna de competitividade empresarial. O controle de preços e a exploração monopolista de diversas atividades econômicas garantiam as margens de lucros e preservavam a participação de mercado – e conseqüentemente o poder de mercado – das grandes empresas nacionais. Se por um lado não havia a atual preocupação com práticas de competição desleal entre os concorrentes – até mesmo pela quase ausência de concorrentes em determinados mercados –, por outro lado, perdia-se a dimensão mais relevante da concorrência, ou seja, a de criação de inovações no processo industrial e novas formas de organização da produção. Como costuma afirmar Calixto Salomão Filho, impedia-se o desenvolvimento econômico oriundo da difusão do conhecimento econômico⁷.

⁶ No campo jurídico, a implementação desse modelo concentracionista foi se constituindo através de uma série de alterações legais, desde a revogação dos impedimentos fiscais para a formação de *holdings* (Decreto-lei 1.338/1974) até a apresentação do projeto de lei de S.A. de 1976.

⁷ Cf. Salomão Filho (2002). Ao procurar definir o desenvolvimento para a teoria jurídica e o papel do direito na busca desse objetivo, C. Salomão Filho concentra-se em torno da idéia de difusão do conhecimento econômico. Para ele, a difusão do conhecimento somente é possível com a diluição do poder econômico dos particulares, sendo que a melhor forma de adquirir conhecimento é (com base na teorização do conhecimento de F. Hayek) através de um processo concorrencial de escolha. “Para esse fim, o fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica”. (...) “Da mesma maneira, a concorrência é a garantia de uma contestação, de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores”. (pp. 45-46).

Nesse momento, o próprio direito concorrencial brasileiro aos poucos foi sendo influenciado pela política econômica de concentração empresarial⁸. Não é difícil perceber que a Lei 4.137/62 – legislação concorrencial vigente na época e que introduziu significativas inovações e razoáveis mecanismos sancionadores do abuso do poder econômico – tinha aplicabilidade bastante reduzida, principalmente pela dificuldade de sua interpretação e aplicação por parte do CADE. Com o início do governo militar e a introdução de políticas de fomento à concentração empresarial, nas poucas vezes em que a lei antitruste foi aplicada pelo órgão de defesa da concorrência, este passou a considerar o objetivo econômico do governo como um interesse a ser tutelado pelo próprio direito concorrencial, permitindo concentrações que beneficiassem a indústria nacional⁹.

No final dos anos 1980, os efeitos do processo de industrialização por substituição de importações e o plano de crescimento econômico implementado na década anterior levaram o país a uma forte crise econômica e política. A estrutura oligopolizada – ou muitas vezes monopolizada – da indústria nacional produziu empresas ineficientes, mas beneficiadas pelo controle de preços e pelas barreiras à entrada criadas pelo próprio governo.

⁸ A legislação concorrencial brasileira inicialmente surgiu com a promulgação do Decreto-lei 7.666/45, como forma de proteção do capital nacional frente ao poder econômico estrangeiro. Como descreve Paula Forgioni (1998: 108-112) o projeto de lei do então ministro Agamemnon Magalhães, que posteriormente se converteu no Decreto-lei 7.666 de 1945, representava o nacionalismo político e econômico do governo de Getúlio Vargas. Paula Forgioni (1998: 111) afirma ainda que, segundo a visão de Paulo Germano Magalhães, o Decreto-lei 7.666/45 era um instrumento protecionista utilizado por Getúlio Vargas contra reações políticas influenciadas por grupos financeiros nacionais e internacionais. Os dispositivos da lei permitiam ao governo intervir em empresas e controlar fortemente a atividade do poder econômico em território nacional. Seu caráter extremamente protecionista e intervencionista para a época foi objeto de críticas e protestos por parte do empresariado nacional e principalmente do capital estrangeiro. Tãmanha foram as críticas que a lei foi revogada assim que se encerrou o Estado Novo. Mesmo sendo criticada pelo seu protecionismo, a Lei Malaia (como era chamado o Decreto-lei 7.666/45) deixou um indício de cultura nacional de repressão ao abuso do poder econômico, não mais sob uma perspectiva de crimes contra a economia popular. Esse novo enfoque motivaria a inclusão desse princípio na Constituição Federal de 1946, primeiro diploma constitucional a expressar o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Entretanto, ao dispositivo constitucional não se seguiu nenhuma regulamentação em matéria de legislação infraconstitucional até a promulgação da Lei 4.137 de 1962. Fruto de uma industrialização que se iniciara nos anos 1950, a Lei 4.137/62 procurava reprimir o abuso do poder econômico, mas sob uma ótica de livre mercado.

⁹ Cf. Forgioni (1998: 131).

Em oposição, a globalização dos mercados intensificou a competição mundial entre as empresas multinacionais, com amplas vantagens competitivas geradas pela inovação tecnológica. Fortaleceu-se a necessidade por conglomerados de capital internacional com alta escala produtiva, mais eficientes e competitivos. Assim, a política econômica nacional passava a incentivar a modernização do parque industrial, promovendo eficiências e não as ineficiências que o processo de substituição de importações havia gerado. Entre outros motivos políticos, isso levou, nos anos 1990, a abertura do país ao capital internacional, principalmente, por meio do processo das privatizações.

No plano interno, o excessivo intervencionismo do Estado brasileiro provocou o seu inchamento burocrático e desgaste. Diante do crescimento distorcido da participação do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e social, defendia-se, a partir do início dos anos 1990, a necessidade de adequação de suas funções e de sua capacidade institucional de governar para superar a crise. As propostas de redução das dimensões do Estado, de Reforma Administrativa, de delimitação de sua intervenção e a definição do seu papel de regulador em sentido estrito¹⁰ da atividade econômica faziam parte da chamada Reforma do Estado¹¹⁻¹².

¹⁰ O termo regulação utilizado no contexto deste trabalho refere-se, em seu sentido amplo, à atuação normativa (de disciplina jurídica) do Estado. Nesse caso, “regulação” se confunde com “regulamentação”. Em termos jurídicos, seria a concretização do que determina o artigo 174 da Constituição Federal, sobre o papel do Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica. Em outras palavras, compreende a atividade estatal no domínio econômico em detrimento da atuação direta da exploração e produção de atividade econômica por parte do poder público. Por outro lado, em seu sentido mais estrito, a regulação está associada ao processo de reforma do Estado, com privatizações, flexibilizações e liberalizações da economia. Nesse sentido, o termo regulação somente é utilizado a partir do processo de desregulação do mercado, como uma nova forma de atuação do Estado na economia, como corretor de falhas de mercado e formulador de regras controladas por agências independentes.

¹¹ Cf. Bresser-Pereira (1998). Bresser-Pereira via na reforma do Estado, através da delimitação da área de atuação, da desregulação, do aumento de governança e conquista de governabilidade, uma forma de torná-lo “mais eficiente, que responda a quem de fato deve responder: o cidadão. Logo, será um Estado que estará agindo em parceria com a sociedade e de acordo com os seus anseios. Será um Estado menos voltado para a proteção e mais para a promoção da capacidade de competição. Será um Estado que não utilizará burocratas estatais para executar os serviços sociais e científicos, mas contratará competitivamente organizações públicas não-estatais” (p. 89).

¹² Apenas como ressalva, ao se pensar no Estado brasileiro atual, este novo paradigma do Estado Regulador não se aplica integralmente. Muito embora haja tendências que

Dentre as reformas estruturais que foram implementadas na economia, sociedade e instituições brasileiras, a política de defesa da concorrência surge como imperativo para a inserção do Brasil no cenário econômico mundial. Além de a política concorrencial transformar-se num instrumento essencial de política econômica industrial, como forma crucial para garantir o funcionamento adequado dos mercados ao coibir o surgimento de excessivo poder econômico e combater condutas abusivas dele decorrentes, a presença de regras transparentes e harmoniosas de regulação dos mercados e defesa da concorrência empresarial também era vista como condição necessária para o sucesso da política de abertura econômica e fator de atração para o capital internacional, principalmente por reduzir os riscos e incertezas que afastam o investidor externo.

Mas, se, por um lado, em ambiente econômico concorrencial as empresas encontram incentivos adequados para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos com o objetivo de não perderem mercado, por outro lado, a difusão de maior competição interna aumenta o estímulo e a preocupação com práticas anticompetitivas de concorrentes que visam a dominar o mercado e ampliar os seus lucros. O crescimento industrial e a globalização, se impulsionaram o processo de inovação produtiva e tecnológica, também intensificaram as práticas predatórias e as estratégias empresariais em busca de uma vantagem competitiva sobre os demais agentes econômicos.

Da mesma forma, não é novidade afirmar que se vive hoje um momento de profundas transformações sociais, econômicas e culturais, decorrentes principalmente da globalização econômica, tendo como resultado uma sociedade extremamente complexa, cujos efeitos se refletem também num sistema jurídico carente de respostas e soluções efetivas de controle desses novos dilemas e conflitos. O aparato legal torna-se, em regra, inadequado e insuficiente para operar com os novos focos de insegurança social, identificados – principalmente no escopo desse trabalho – nos delitos econômicos e ambientais. Esses novos fenômenos do comportamento empresarial requerem modificações nos métodos de atuação e na racionalidade do sistema jurídico. Caminham as discussões não mais com base

sugerem a transição do modelo de Estado keynesiano para um modelo de Estado Regulador, a análise da cultura política nacional descaracteriza a atuação do Estado brasileiro como plenamente regulador da atividade econômica, assim como implementado nos Estados Unidos e Reino Unido, principalmente. A existência de um rol amplo e genérico de direitos sociais positivados na Constituição, acabam por impelir a prestações típicas de um modelo keynesiano, colocando o Estado brasileiro em uma situação de tensão, contraditória com um papel de mero Estado Regulador.

em um modelo de Estado clássico, marcado pela lógica do comando-e-controle a seguir analisada, mas por uma intervenção estatal mais flexível, voltada a instrumentos de prevenção, responsabilização e incentivo.

Essas limitações da lógica-formal do sistema jurídico tradicional, sintetizadas a seguir, têm como conseqüência a própria inefetividade da intervenção jurídica de controle e tipificadora do comportamento dos agentes econômicos e ajudam a responder parte da questão inicialmente elaborada: por que a concorrência desleal tornou-se um problema tão grave e difundido no Brasil?

2.2. Os limites operativos do direito: a evolução da regulamentação comando-e-controle e a regulamentação jurídica por incentivos

Essas alterações na economia impulsionadas pela globalização e pela imobilidade praticamente ilimitada da circulação dos capitais e da informação acabaram por gerar uma crise no Estado de Bem-Estar Social e, conseqüentemente, no direito positivo. José Eduardo Faria (2002) identifica essa crise pela incapacidade do Estado de ordenar, moldar e regular as novas relações econômicas surgidas com a transnacionalização dos mercados, questionando a própria efetividade do direito positivo. Diante do policentrismo que hoje caracteriza a sociedade moderna, o Judiciário, por exemplo, vê-se cada vez mais incapacitado de dar soluções satisfatórias e rápidas para esses conflitos. Como outra conseqüência, as organizações empresariais adquirem um poder de reação contra as imposições estatais e acabam por neutralizar, ou pelo menos frear, a ação do Poder Público. Ainda, a desregulamentação do mercado financeiro internacional, fruto das crises do petróleo e da quebra da paridade dólar-ouro, colocou os países em desenvolvimento, que procuravam suprir suas deficiências de capital com empréstimos externos, em uma endêmica crise fiscal. Assim, os Estados não têm recursos para financiar os gastos com reprodução econômica e pacificação social, dando espaço a crises de legitimidade.

No campo jurídico, Faria observa a incapacidade do Estado de impor a exclusividade de sua ordem jurídica, em outras palavras, a redução do grau de coercibilidade do direito positivo. Suas normas, tradicionalmente moldadas sob um perfil abstrato e generalista, tornam-se incapazes de lidar com uma pluralidade extremamente complexa de situações sociais, econômicas, políticas e culturais. Frente a sua incapacidade de regular de modo abstrato e a contento as relações sociais, nota-se uma inflação legislativa por parte do Poder Público. Surgem micro-sistemas dentro do sistema jurídico, dotados de princípios específicos e de caráter particularizante. Perde-se, com isso, a unidade e a coesão do

ordenamento, jogando-se alto grau de insegurança no sistema. Essa hiper-regulação, contudo, não consegue evitar a crescente ineficácia das normas estatais, uma vez que os agentes passam a selecionar o direito a ser aplicado, visando à satisfação rápida de suas necessidades regulatórias.

Observe-se, como exemplo, o reduzido número de agentes econômicos que ingressam no Judiciário para denunciar práticas de concorrência desleal¹³. Embora o custo de acesso à justiça seja uma concreta e plausível justificativa, o poder de coerção – financeiro ou não – que outras empresas possuem em um determinado mercado também constitui uma forte barreira. As regras emanadas dentro desse subsistema, do qual podem fazer parte as empresas de um determinado setor em uma certa área, possuem um grau de efetividade maior do que aquelas oriundas do poder público pela própria crença de que o direito estatal poderá oferecer uma resposta para o problema. Criam-se inúmeros micro-sistemas informais e distintas cadeias normativas independentes do direito positivo.

Embora esse tema em específico não seja objeto de aprofundamento neste trabalho, é importante destacar que, como afirma José Eduardo Faria, criam-se três ordens de dilemas. De um lado, direito e sociedade passam a se relacionar com indiferença, admitindo cada sistema somente as regulamentações internas, e desconfirmando as emanadas do Poder Central. Nesse aspecto, os efeitos das normas jurídicas adquirem um mero caráter simbólico. Por outro lado, dá-se uma tentativa de “colonização”, de invasão, da sociedade pelo direito, que, na busca por regular os subsistemas sociais, acaba por destruir a autenticidade das relações, esmagando a espontaneidade do sistema regulado¹⁴. Por fim, há um processo de desintegração do direito pela sociedade, na medida em que, sendo composto por regulações específicas e particularizantes, inexistem um conjunto minimamente unitário dos pressupostos decisórios. Dessa forma, o Estado, para não se deslegitimar com a desconfirmação social, omite-se, dando origem a um processo de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização.

Com a globalização, no entanto, surge também uma nova forma de racionalidade normativa. Essa se baseia no pluralismo jurídico contemporâneo, entendido esse como a intersecção e interpenetração de vários espaços jurídicos, como a chamada *lex mercatoria*¹⁵, por exemplo. Tenta-se, nesse sentido, integrar

¹³ A constatação foi retirada de pesquisa que será fornecida e analisada em tópico seguinte.

¹⁴ Cf. Faria (2002: 185).

¹⁵ A *lex mercatoria* é um direito costumeiro internacional formado de usos e costumes

os sistemas normativos altamente diferenciados, proporcionando uma acoplagem, um engate estrutural. Esse engate, nos termos desenvolvidos por Teubner (1985: 339), entre outros autores, é conhecido como direito reflexivo ou relacional. Parte ele do postulado de que uma sociedade altamente complexa como a contemporânea não pode ser regulada pelos instrumentos normativos tradicionais. Passam, então, os teóricos do novo direito a propor uma reestruturação da intervenção jurídica e a trabalhar com o conceito de norma procedimental.

A norma procedimental tem por objetivo balizar a interação e assegurar o equilíbrio entre as diferentes organizações complexas, através da coordenação de seus processos decisórios e de suas racionalidades normativas¹⁶. Sendo assim, é dotada de baixo grau de coercibilidade e imperatividade, não estruturando nem dirigindo a sociedade, mas apenas induzindo as organizações a levarem em conta as expectativas divergentes de fora do sistema. A norma procedimental deve garantir a autonomia dos demais sistemas que compõem a sociedade. Neutraliza, portanto, a propensão natural dos agentes de invadir os outros sistemas, impedindo que tome uma posição hegemônica sobre os demais e mantendo, assim, a funcionalidade do sistema como um todo¹⁷. A regulamentação jurídica do Estado não se destaca mais pelo seu *enforcement* como um comando *a priori* que obriga os agentes a observarem as regras do jogo, mas através de uma regulação indireta e por incentivos de sistemas auto-regulados que façam com que o jogo se desenvolva da maneira mais justa e eficiente possível. Para utilizar uma linguagem usual à teoria dos sistemas, a racionalidade formal do sistema jurídico traduzida no seu código operacional “proibido/permitido” – de coerção e sanção penal – tornou-se incapaz de regular a complexi-

do comércio internacional, de cláusulas contratuais que disciplinam operações internacionais. Esse conjunto de regras “quase-legais” é oriundo de organismos internacionais e entidades privadas desvinculadas de jurisdições específicas ou de sistemas legais nacionais.

¹⁶ Cf. Teubner (1983: 239-285).

¹⁷ Conforme explica Faria (2002: 185), “[e]m termos práticos, portanto, o que essa norma procedimental ou processual ora em questão tem condições de fazer é apenas e tão-somente induzir as diferentes ‘organizações complexas’ a levar em conta, nos seus respectivos processos de tomada de decisões, as exigências antagônicas e conflitantes oriundas do ambiente, campo ou esfera em que atuam. (...) Em síntese, essa não é uma norma que se *deve* utilizar; é, isto sim, uma norma que se *pode* utilizar conforme as circunstâncias, respeitando-se a autonomia de cada organização e de suas respectivas cadeias produtivas e procurando levá-las a evitar disputas predatórias e competições disfuncionais, partindo da premissa de que elas podem acarretar a perda de possibilidades de expansão e de riqueza”.

dade da sociedade moderna¹⁸. Contudo, a baixa imperatividade dessas normas procedimentais não significa ausência de coercibilidade na organização social, mas implica um meio sutil e mais eficaz de estratégia dos controles sociais pelo uso, por exemplo, de mecanismos privados de *enforcement*.

Diogo Coutinho (2003: 233-237), ao procurar transcender o maniqueísmo entre o que chamou de uma regulação comando-e-controle¹⁹ e um liberalismo excessivo (Estado mínimo), descreve uma série de críticas à intervenção estatal pela imposição de restrições e condições para o comportamento das empresas. Em primeiro lugar, destaca a associação entre esse rígido controle do Estado à idéia de captura²⁰. Além disso, há ainda o problema da

¹⁸ A radicalizada modernidade da sociedade contemporânea, na qual a característica dominante é um elevado grau de reflexividade, foram temas debatidos por Ulrich Beck e Anthony Giddens. Em linhas gerais, as sociedades modernas chegaram a um ponto em que são obrigadas a refletir sobre si mesmas e que, ao mesmo tempo, desenvolveram a capacidade de refletir retrospectivamente sobre si mesmas. Os antigos modelos são agora problemas e dilemas tão fundamentais que questionam qualquer movimento de acordo com esses princípios. É a chamada modernização reflexiva.

¹⁹ Segundo Diogo Coutinho, a regulação comando-e-controle é “uma espécie de intervenção em que o regulador determina e especifica unilateralmente o que firmas reguladas podem ou não podem fazer, sob pena de serem sancionadas por meio da imposição de penalidades”. Segue ainda a afirmação que “[o] traço marcante da regulação comando-e-controle é o esforço de exercício de influência determinante sobre o comportamento da empresa regulada com o respaldo de sanções, em alguns países de natureza criminal”.

²⁰ Para os teóricos da Escola de Chicago, a regulação, ao contrário de seu objetivo de busca do interesse público, seria utilizada – capturada – em nome e em benefício da indústria. A teoria da captura tem suas bases teóricas na obra de George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 1971. Segundo Stigler, a regulação é adquirida e desenhada em benefício da indústria. Através de um sistema político racionalmente planejado e aplicado como instrumento apropriado para a realização dos desejos de grupos de interesses organizados, o Estado não servirá ao interesse público (como imaginava a Escola do Interesse Público), mas sim será usado pela indústria para os seus propósitos. Assim, se em um mercado não regulado a influência de cada firma sobre o preço e a produção é proporcional à sua participação no total da produção, em um mercado regulado o papel de cada empresa depende de sua força política. É o que Stigler identifica como demanda por regulação, ou, em outras palavras, um mercado por regulação; grupos mais organizados e com maior poder de barganha exercem influência e pressão sobre o Estado. Políticos, por sua vez, também representam um grupo de interesse, atrás de recursos e apoios que os mantenham no poder. Dessa forma, tanto uns como os outros obtêm suas vantagens. Para as indústrias, essas vantagens se revestem sob a forma de (a) subvenção direta do Estado; (b) controle sobre a entrada de novos concorrentes, através de quotas, políticas de preços e tarifas protetivas; (c) incentivo a produtos complementares; e (d)

produção de normas de alta complexidade e pouca flexibilidade, provocando um excesso de regras descabidas e com baixa eficácia. Outra crítica é feita ao tratamento generalizado do problema. Normas que definem padrões gerais e abstratos para o comportamento empresarial nem sempre são viáveis e desejáveis em razão de peculiaridades próprias de cada setor.

Porém, a crítica mais relevante para o objeto do presente estudo é o problema relativo ao cumprimento da legislação por parte das empresas e o próprio limite da regulamentação jurídica na definição da conduta dos agentes e dos objetivos pretendidos para o mercado. Como explica Diogo Coutinho (2003: 234), a atuação comando-e-controle “(...) é comumente associad[a] a mecanismos de *enforcement* caros e complexos além de (...) mais suscetíveis à prática de *creative compliance* (isto é, o ato de burlar o ‘espírito’ ou a ‘intenção subjacente à norma de regulação sem a violação, contudo, de seus termos objetivos)”.

Ora, dentro desse contexto até certo ponto pessimista, como solucionar o problema de práticas anticoncorrenciais justamente decorrentes do não-cumprimento de normas jurídicas se estas justamente perdem o seu caráter de coagir certas condutas? Como fazer com que a empresa seja “coagida” a atuar com responsabilidade social e ética concorrencial e não apenas buscar o lucro?

Diante do que já foi aqui exposto, parece ingênuo crer que a disciplina jurídica tradicional seja capaz de cumprir essa função. Pelo contrário, o que se procurou demonstrar é que o arranjo institucional do Estado atual enfrenta muitos problemas para coibir a proliferação desse tipo de crime organizado. É ingênuo também acreditar que os agentes econômicos ajustam seus comportamentos dentro do padrão estabelecido pelas normas jurídicas simplesmente pelo comando abstrato que delas deriva. Assim, se se constatam esses limites, faz-se necessário que a compreensão e a produção de regras para o mercado levem em consideração não só aquilo que é socialmente desejado (ou seja, o objetivo valorativo que fundamenta a produção de qualquer norma), mas também quais são as condutas que essas normas são capazes de induzir. Em outras palavras, pensar em estabelecer regras, principalmente quando se trata de comportamento de empresas no mercado, depende essencialmente em também se pensar nas suas conseqüências sobre os agentes e até que ponto pode-se incentivá-los a cumprir essas regras. Não se trata mais em acreditar, intuitivamente ou ideologicamente, que as normas

fixação de preços. A conclusão de Stigler é a negação da regulação da atividade econômica. Para ele, em regra, a atuação regulatória do Estado é ineficiente, pois será adquirida por certas empresas na obtenção de seus interesses.

são cumpridas por seu poder coativo apenas, mas a pensar que elas podem ser cumpridas por haver incentivo aos agentes a agirem dessa forma.

Em grande medida, essa visão bastante realista do problema do *enforcement* das regras jurídicas é fornecida pela teoria da análise econômica do direito e pelo institucionalismo da Nova Economia Institucional. A partir desse ponto, outra questão se coloca: como criar esse incentivo de modo eficiente?

O que se pretende a seguir é abordar com maior detalhe os fundamentos teóricos da análise econômica do direito, sem pretender esgotar suas mais diversas correntes, mas de forma a identificar os aspectos centrais e a estrutura de uma maneira diferenciada de se pensar o direito e buscar soluções para os complexos conflitos sociais. Desde já, faz-se importante ressalva de que não se busca aqui uma resposta pronta, simples e objetiva às indagações feitas, mas apenas reflexões e propostas para possíveis soluções. Nem mesmo a análise econômica do direito está isenta de críticas, limitações e de problemas ideológico-valorativos, como será analisado. Mas não resta dúvida de que buscar uma racionalidade jurídica capaz de lidar com esses conflitos é um importante instrumento para o combate às perdas sociais decorrentes da concorrência desleal.

3. A base teórica das normas jurídicas como incentivos: a teoria da análise econômica do direito

3.1. Os fundamentos teóricos da análise econômica do direito

A idéia de se aplicar conceitos econômicos para entender, analisar e prescrever funções para o sistema jurídico deriva de uma série de diferentes correntes e tradições da teoria econômica. Sua origem, ainda que muitos a atribuam às premissas neoliberais da Escola de Chicago dos anos 1960-70, decorre de princípios formulados nos séculos XVIII e XIX, sob influência de doutrinas econômicas marcadas pela Revolução Industrial e pelos pressupostos da filosofia clássica.

Como pode ser observado no desenvolvimento da teoria da análise econômica do direito, constata-se claramente as influências que esta sofreu, principalmente, da escola econômica clássica de Adam Smith²¹, das teorias marginalistas²²

²¹ Em linhas gerais, para Adam Smith, cada pessoa busca apenas maximizar o seu próprio ganho, escolhendo racionalmente aquilo que lhe seja mais favorável ou menos

e do equilíbrio geral²³ e do utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

É importante ressaltar que a análise econômica do direito não se limita a essas correntes econômicas e nem mesmo pretende ser uma evolução de suas críticas ou inconsistências. Trata-se apenas de identificar, *grosso modo*, os pressupostos e a estrutura teórica que incentivaram os primeiros estudos de uma disciplina que procurou aplicar conceitos econômicos para entender e aperfeiçoar o sistema jurídico.

3.2. O surgimento da *Economic Analysis of Law*

O fortalecimento da análise econômica do direito não é um movimento isolado, mas se consolida justamente em um momento em que o direito, enquanto disciplina independente, vinha sendo cada vez mais contestado

danoso. Assim, da soma de interesses de cada indivíduo agindo de maneira egoísta acaba-se por aumentar a riqueza e o bem-estar de toda a coletividade.

²² Para os marginalistas, os homens apresentam escalas de preferência decorrentes de motivos muito variados. Os objetos desejados pelos consumidores têm geralmente menor valor do que as necessidades que deles se retiram, o que leva o indivíduo a classificar seus desejos de acordo com a importância que a eles atribui. Procurou-se, dessa forma, superar os conceitos clássicos que se limitavam a estudar os problemas dos preços de uma economia de troca e que acreditavam que o valor dos bens dependia da quantidade de trabalho neles incorporado. Em oposição, a principal característica do marginalismo foi o abandono da teoria clássica do valor-trabalho, substituída pelo conceito de utilidade. Utilidade é a medida do prazer ou satisfação de um consumidor por um bem. Segundo os marginalistas, o valor de um bem não depende em última análise da quantidade de trabalho a ele incorporado, mas sim da utilidade da última unidade produzida e consumida desse bem (utilidade marginal). Cf. Napoleoni (1990: 14).

²³ De certa forma paralela à teoria marginalista, outra corrente neoclássica a influenciar a análise econômica do direito é a teoria do equilíbrio. L. Walras desenvolveu a teoria do equilíbrio geral enfatizando a interdependência de todos os preços dentro do sistema econômico, bem como da micro e da macroeconomia. Para aquele economista, as unidades de produção (famílias, firmas, empresas) não podem ser compreendidas de forma isolada. O equilíbrio walrasiano evidencia um processo de contínua repetição tanto no campo da produção como no consumo: uma vez que a concorrência tenha impellido o sistema para a posição de máximo rendimento, atinge-se uma configuração que se repete indefinidamente em um ciclo sempre idêntico a si mesmo. Cada empresa deve produzir sempre os mesmos tipos e as mesmas quantidades de bens, combinando sempre do mesmo modo os fatores necessários à produção. Como se verá da teoria de Posner, sua análise econômica do direito assume a clara separação entre eficiência e considerações distributivistas, própria da teoria neoclássica do equilíbrio econômico geral. Cf. Napoleoni (1990: 15).

principalmente pelos teóricos do chamado *Legal Realism*. No início do século XX, a chamada escola “realista do direito” afirmava que a capacidade de se prever resultados de casos concretos com base nas normas jurídicas era extremamente limitada. Nos casos mais difíceis (*hard cases*) as normas jurídicas, por si só, não conseguiriam prever o resultado do conflito. Se os juristas estão interessados na previsibilidade do que as cortes decidirão, necessitam incorporar uma pesquisa sociológica e psicológica, desenvolvendo ferramentas teóricas que os permitiriam a prever resultados legais. Assim o *Legal Realism* era uma tentativa de introduzir outras ciências sociais no campo do direito²⁴. No entanto, é a análise econômica do direito que adquire maior destaque na interdisciplinaridade entre o direito e outras ciências.

Ainda que se possam encontrar as raízes da análise econômica do direito na filosofia e economia clássicas, foi somente após os anos 1960 que o pensamento adquire corpo de teoria e passa, até mesmo, a constituir, em algumas universidades norte-americanas, disciplina autônoma nas faculdades de direito e economia. Isso se deve, principalmente, ao surgimento de duas obras que, se não definidas ainda como análise econômica do direito propriamente dita (*Economic Analysis of Law* enquanto disciplina autônoma), significaram um fortalecimento da interdisciplinaridade entre direito e economia. São os trabalhos de Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, publicado no *Journal of Law & Economics* em 1960, e de Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, publicado no *Yale Law Journal*, de março 1961²⁵.

²⁴ Para uma descrição mais atual da teoria, ver Brian Leiter. “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”. *Texas Law Review* 76, pp. 267-315, 1997 ou “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”. *Ethics* 111, pp. 278-301, 2001.

²⁵ Ressalta-se, mais uma vez, que é praticamente impossível a tarefa de identificar as origens precisas e as bases teóricas que deram nascimento a chamada teoria da Análise Econômica do Direito. Trabalhos como o de John R Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, de 1924, e de Robert Hale, *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power*, de 1954, entre outros, também contribuíram significativamente para a análise do sistema jurídico sob um enfoque econômico. Porém, destacam-se os artigos de R. Coase e G. Calabresi não só pela grande repercussão que obtiveram, mas também por terem influenciado mais especificamente a principal escola dessa teoria, a Universidade de Chicago. Ver, para uma evolução histórica detalhada da teoria da análise econômica do direito, Ejan Mackaay, “History of Law & Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, disponível [online] em <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html> [20-08-2003].

A partir daquelas duas obras, consolida-se a necessidade de um processo contínuo de abordagens e estudos que procuram explicar a interação entre direito e economia, pesquisa marcadamente influenciada pelos seus ideais econômicos neoclássicos. A análise econômica das regras e de institutos jurídicos, que em sua origem praticamente se limitava no campo da defesa da concorrência (sem dúvida a influência mais marcante), espalha-se por diversos outros ramos do direito, como contratos, responsabilidade civil, direito penal, direito internacional, entre outros²⁶.

3.3. O teorema de Coase e o problema do custo social

Considere o seguinte exemplo. Um pecuarista desenvolve sua atividade ao lado de um agricultor de milho. A linha divisória entre a plantação e o rebanho é extensa, embora não haja nenhuma cerca entre ambos. Ocorre que, de tempos em tempos, parte do rebanho invade a propriedade do agricultor e danifica sua plantação de milho. Esse dano poderia ser reduzido de diversas formas: (i) construindo-se uma cerca entre uma propriedade e outra, (ii) reduzindo-se o número de gados do rebanho ou (iii) cultivando uma menor quantidade de milho, mais afastado do rebanho. Entretanto, todas essas soluções representam um custo.

Para resolver esse problema, o sistema jurídico poderia atribuir responsabilidade a cada uma das partes por esse dano causado. Assim, as regras jurídicas de responsabilidade podem ser de duas ordens: (i) a responsabilidade poderia ser atribuída ao agricultor por manter o gado fora de sua propriedade, e deverá suportar os danos causados pelo gado, ou (ii) o pecuarista poderia ser responsável por manter o gado em sua propriedade e deve pagar os danos causados por este. Num sistema de responsabilidade definido no item i, o agricultor não teria nenhum recurso legal contra o dano causado pelo rebanho. Se quiser reduzir o seu prejuízo, deverá reduzir a extensão de sua plantação, ou cercar sua propriedade. Pelas regras de responsabilidade do item ii, a solução jurídica imporá a responsabilidade ao pecuarista, devendo-

²⁶ Apenas como exemplo de alguns desses estudos: R. Posner, *Antitrust Law – An Economic Perspective* (1978), W. Landes e R. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987), G. S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), S. Shavell, *An Economic Analysis of Accident Law* (1987), J. Dunoff e J. Trachtman, *An Economic Analysis of International Law – An Invitation and a Caveat* (1998), entre outras tantas.

se, para tanto, determinar o valor monetário do dano ocorrido, assim como coagir o pecuarista a ressarcir o agricultor²⁷.

A questão que Coase propõe é: qual sistema jurídico é melhor? No entanto, para responder esta questão, o economista pretende romper com a visão tradicional do direito – segundo a qual aquele que causa o dano deve responder pelo mesmo – e abordar o problema sob o ponto de vista da eficiência. Ou seja, na ausência de custos de transação²⁸, a regra jurídica deve estimular a eficiência, tanto para o agricultor, como para o pecuarista. Para justificar o argumento, Coase estabelece, por hipótese, que o dano causado custa ao agricultor \$100 de perdas em relação ao cultivo de milho a cada ano. O custo para construir e manter uma cerca ao redor da plantação é de \$50 por ano, enquanto que se ela for construída para cercar o rebanho, terá um custo anual de \$75. Conseqüentemente, supõe-se que o prejuízo de \$100 por ano pode ser evitado a um custo de \$50 para o agricultor, ou de \$75 para o pecuarista. Ora, se observado pelo critério da eficiência, a solução mais viável seria o agricultor instalar a cerca ao redor de sua plantação.

Por outro lado, Coase estende o mesmo exemplo segundo os sistemas jurídicos de atribuição de responsabilidade. Se a responsabilidade for atribuída ao agricultor, este assumirá o prejuízo de \$100 por ano, podendo reduzi-lo em até \$50 se construir a cerca. Ou seja, esse sistema impõe que o agricultor construa a cerca por conta própria. Já com relação ao segundo sistema legal, o pecuarista reduz o seu prejuízo de \$100 para \$75, sendo este o seu real custo. Dessa forma, essa regra de responsabilidade fará com que o pecuarista construa uma cerca ao redor de sua propriedade. A conclusão que parece óbvia é que a primeira regra jurídica é mais eficiente, embora menos justa, que a primeira. Porém, para Coase, essa eficiência é apenas aparente, pois não incentiva a solução cooperativa, em que o agricultor e o pecuarista poderiam negociar livremente entre si para decidir como devem suportar esse custo. Se o pecuarista produz um custo social quando prejudica a plantação do agricultor, esse custo pode ser compensado pelo próprio mercado, através

²⁷ Como destaca Faraco (2003), ao descrever as soluções propostas pelos dois modelos de sistema jurídico, Coase acabou por relativizar o conceito de externalidade. “O problema subjacente não seria como obrigar o criador de gado a prevenir tais danos e a internalizar esse custo, mas saber quem deveria ser autorizado a impor um dano a outrem” (p. 177).

²⁸ Custos de transação são todos os custos que o agente econômico incorre por ir ao mercado oferecer e procurar bens e serviços. De mais amplo, são os custos de negociação.

da negociação privada entre os agentes. Como afirma Cooter e Ulen (1998: 116) acerca do teorema de Coase, ao negociar um acordo, ambas as partes podem evitar custos e dividir as ganâncias entre eles²⁹.

Com base nesses e outros exemplos apresentados em seu artigo, Coase afirma que indivíduos racionais e bem-informados alocarão, em negociações privadas e na ausência de custos de transação, direitos de propriedade de forma mais eficiente que os resultados da atuação do Estado poderiam provocar. Essa proposição passou a ser conhecida como Teorema de Coase.

É claro que Coase não nega a presença de custos de transação nas negociações. Nesse ponto, destaca o papel do direito para se obter eficiência: na presença de custos de transação, a eficiência na alocação dos recursos depende da definição de direitos de propriedade imposta pelo direito. Como explica Alexandre Faraco (2003: 179-180), Coase “não recusou a possibilidade de a regulação vir a mostrar-se eficiente. Procurou destacar, porém, a necessidade de considerar-se cada situação de forma específica, questionando a presunção, com base em

²⁹ Tradicionalmente, como forma de solução possível ao problema de externalidades produzidas, prevalecia a concepção de uma regulamentação estatal através da cobrança de uma tarifa ou tributo. Essa intervenção do Estado através da cobrança de tarifas e tributos é conhecida como *taxação pigouviana* devido às bases doutrinárias da obra *The Economics of Welfare* de Arthur C. Pigou. Parte-se da concepção de que o mercado ideal age no sentido de maximizar o bem-estar social, o bem comum. Entretanto, o mercado apresenta falhas e nem sempre os custos e benefícios são alocados da forma mais eficiente possível (ou seja, com base no ótimo de Pareto), de maximização do bem-estar social. Quando os custos e benefícios não são maximizados pelo mercado, a tarefa de buscar esse bem comum torna-se função do Estado, através de impostos, subsídios, regulação de quantidades, etc. A função do Estado seria internalizar as externalidades negativas, identificando qual agente econômico gerou o prejuízo social e impondo uma forma de tributação que fosse correspondente ao dano causado. De certa forma, a política de impostos e taxas serviria também como forma de sinalização para os agentes econômicos sobre os efeitos de suas condutas. Ora, da visão de Coase, percebe-se que o primeiro problema dessa ação regulatória é que, para transferir renda de “beneficiados” para “prejudicados”, é preciso, em primeiro lugar, identificar quem constituiria o grupo cuja renda seria transferida e quem comporia o grupo beneficiário. Além disso, é preciso definir métodos de distribuição que possibilitem que a renda seja transferida com o mínimo de perda possível. Sabe-se, no entanto, que a formulação desses métodos é um trabalho custoso cujo cumprimento pode demandar mais prejuízo que os benefícios obtidos. Ademais, como constata Coutinho (2003: 10), a cobrança de tarifas ou tributos provoca o paradoxo de que “se o Estado tributa alguém por ter produzido um custo social suportado por outrem, aquele que produziu o custo também sofrerá uma perda (o tributo)”.

uma perspectiva ideal de Estado, de que a ação estatal sempre permitirá superar as situações que comprometem o funcionamento ótimo do mercado”.

As idéias de Coase adquiriram um caráter de dogma para uma série de juristas e economistas que pretendiam analisar o sistema jurídico com base em premissas econômicas. Para autores como Richard Posner, o sistema legal afeta custos de transação privados e o objetivo de tal sistema deve ser minimizar os prejuízos e custos. Se os custos de transação forem significativos, o sistema jurídico deve alocar direitos de propriedade para aqueles agentes que a valorizem mais, ou seja, que maximizem a sua utilidade, conforme será demonstrado na visão de Posner.

3.4. A consolidação da análise econômica do direito

Em linhas gerais, a análise econômica do direito pretende ser um modelo de compreensão da realidade, em sua vertente positiva (descritiva), uma forma de observar e prever como funciona, e em sua vertente normativa (prescritiva), como deve funcionar a sociedade com base em premissas econômicas e como o sistema jurídico estimula ou não o comportamento social tendo em vista princípios econômicos.

Ainda que existam diferentes correntes e teóricos da análise econômica do direito, foi Richard Posner, com sua obra *Economic Analysis of Law* (1972), quem transformou a análise econômica do direito num dos debates mais controversos entre economistas e juristas. Seja normativa ou positiva, ambas as vertentes de estudos da análise econômica do direito adotam, em regra, as premissas do pensamento econômico neoclássico.

Cada indivíduo procura maximizar suas preferências individuais. As necessidades humanas conseguem ser racionalmente maximizadas pelos indivíduos, que são capazes de saber o que lhes agrega mais utilidade. Idealiza-se um ser humano guiado por uma racionalidade extrema, cujas ações não se fundam em causas emocionais, mas na capacidade desse indivíduo em basear suas escolhas na adequação racional e eficiente entre meios e fins. Nesse sentido, o agente, racional e bem-informado, estaria sempre apto a analisar se o benefício obtido ao praticar determinada conduta seria maior que o custo com o qual deverá incorrer. Como expôs o Prof. Jairo Saddy em palestra ministrada na Sociedade Brasileira de Direito Público ao exemplificar o pressuposto da racionalidade neoclássica, o motorista de um veículo somente teria incentivo de parar em um sinal vermelho se o custo da multa de trânsito fosse maior que o benefício que poderá obter se não respeitar as regras de trânsito. Toda opção

por comportamentos ilícitos ou respeito às regras dos indivíduos em sociedade seria determinada por essa análise de custo-benefício por parte de agentes racionais, que têm como objetivo último maximizar a satisfação individual.

Como decorrência da premissa anterior, pressupõem os neoclássicos que, sendo os indivíduos capazes de maximizar suas satisfações pessoais através de uma análise custo-benefício, conseqüentemente esses indivíduos agiriam racionalmente em função de incentivos de preços. Deste modo, seria o sistema de preços do mercado que serviria de parâmetro para a análise de custo-benefício e, em última instância, pelo comportamento dos indivíduos. Tendo em vista o exemplo da nota anterior, as sanções impostas pelo direito (multa pecuniária, prestações de serviços comunitários, detenção) seriam os preços estabelecidos pelo sistema jurídico em função de comportamentos ilícitos, que seriam quantitativamente confrontados com os benefícios auferidos. Assim, segundo Posner, nesse ponto, caberia ao direito estabelecer a correta relação de equivalência entre o comportamento ilícito do indivíduo e a sanção imposta, pois essa “justa”, ou melhor, eficiente proporção – quase que uma lógica econômica de prestação e contraprestação, através de punições e recompensas – incentivaria os comportamentos humanos³⁰. Disso retira-se uma das principais funções do sistema jurídico, qual seja, a de estimular o comportamento dos indivíduos em termos de utilidade e maximização de eficiência para todos.

Por fim, como conseqüência lógica das premissas anteriores, as normas jurídicas devem ser formuladas e interpretadas em função da eficiência de sua aplicação. As regras de direito devem ser eficientes e com base nesse valor devem ser interpretadas. E eficiência, nesse contexto, significa a

³⁰ Observe outro exemplo formulado por Posner (1998b: 5-6), com base na famosa decisão do juiz Learned Hand (*United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F.ed 169, 2nd Cir. 1947). Considere a decisão de um indivíduo de evitar um acidente. O acidente ocorrerá com uma probabilidade P , e assumindo que se ele ocorrer terá um custo L (*loss*). Assume-se também que eliminar a possibilidade desse acidente ocorrer representa um custo B (*burden*) sobre o potencial infrator. Tem-se assim que o custo de se evitar o acidente será menor que o custo do acidente (ou o benefício de se evitar o acidente) se B for menor que L multiplicado por P ($B < PL$). Se forem observadas essas condições, o “potencial infrator” será considerado negligente se não incorrer nos custos de evitá-lo, seja a probabilidade do acidente ocorrer muito pequena (caso o custo do acidente “ L ” seja muito alto), ou mesmo o custo de se evitar o acidente seja muito alto (caso o custo do acidente ou sua probabilidade forem maiores ainda). Percebe-se claramente que essa fórmula depende essencialmente do fato do indivíduo racional conhecer todos os valores e ter todas as informações.

maximização do bem-estar social, ou seja, obter o maior resultado possível dos recursos escassos³¹.

Para Posner, portanto, o principal objetivo do sistema jurídico deve ser a “maximização da riqueza”, obtida através dos incentivos que o sistema jurídico provoca no comportamento dos indivíduos (e é nesse sentido que as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas pelo juiz). Deve o direito, desde seu processo legislativo até a sua concretização pelos tribunais, incentivar a escolha individual e voluntária dos agentes de forma a maximizar suas utilidades individualmente, pois a somatória da maximização dos interesses individuais terá como consequência a maximização do bem-estar coletivo³². Se para Posner eficiência é

³¹ Ainda que o autor em diversas obras negue o rótulo de utilitarista, parece clara a influência dessa filosofia nas formulações de Posner. Dois são os principais fundamentos de sua estrutura. Em primeiro lugar, nas bases das teorias utilitaristas se encontram fins coletivos aos quais devem ser subordinados os interesses individuais. Em segundo lugar, o utilitarismo encara o indivíduo como a expressão da utilidade, da satisfação. Quando se analisa o valor de uma ação, seja o consumo de um certo bem, uma contribuição à caridade, a votação em algum candidato, a utilidade do ato é o fundamento da sua moralidade, não só para o agente que o pratica, mas também para todos os afetados por suas consequências, na medida em que promove o maior bem-estar ou felicidade da coletividade. Decorre disso que as decisões tomadas são boas ou ruins se suas consequências forem as melhores possíveis. Essa é justamente a proposição de grande parte das teorias normativas da escola da análise econômica do direito, que pretendem avaliar qual resultado é socialmente mais desejável, com base em comparações de bem-estar individual. Essas medidas de bem-estar foram associadas a métodos econômicos como o ótimo de Pareto e, posteriormente, o teorema de Kaldor-Hicks, que se transformaram em importantes instrumentos da análise econômica do direito. Na definição de ótimo de Pareto, atinge-se um ótimo grau de bem-estar se cada indivíduo ficar em melhor situação, ou pelo menos um sujeito ficar em melhor, e nenhum outro ficar prejudicado. Dito em outras palavras, são todas aquelas alocações de recursos em que o aumento de utilidade (bem-estar) de alguém não reduza a utilidade (bem-estar) de outro. Não é difícil perceber que essa realização é praticamente impossível, pois a aplicação de uma norma jurídica acaba sempre tendo um resultado de soma não zero, com ganhadores e perdedores. Procurando solucionar esse problema, o teorema de Kaldor-Hicks identifica o resultado mais eficiente na somatória das utilidades individuais, ou seja, se a soma dos agentes beneficiados for maior que a perda dos onerados, e aqueles puderem, em tese, compensar estes, o resultado será eficiente. Ressalta-se que essa compensação é sempre potencial, bastando que em tese possa ocorrer, e não necessariamente real, pois a vantagem provém do ganho líquido final. Segundo o teorema de Kaldor-Hicks, a aplicação de uma norma jurídica é mais “eficiente” quando maximiza a riqueza global, mesmo que isso implique prejuízo para um indivíduo. Cf. Coleman (1984).

³² Como explica Jules Coleman acerca da teoria de Posner: “Posner’s most basic contribution is the following. Where the condition of the Coase theorem – zero

“maximização de riqueza”, essa é vista por ele como a medida da disposição agregada dos agentes em pagar por aquilo que desejam (*willingness to pay*). Assim, os juizes devem escolher a norma judicial que maximize a relação custo-benefício mensurada pela soma individual de “disposição em pagar”. Mais eficiente será alocar bens para aqueles que o valorizem mais.

Diversas foram as críticas sofridas pela visão que a teoria da análise econômica do direito pretendia incorporar ao sistema jurídico. Muitas dessas críticas se devem aos pressupostos utilitaristas de suas ideologias³³.

transactional costs and cooperative behavior – are satisfied, the law need not assign any particular property rights. Market exchange will always insure efficiency. When these conditions are not met, the law should promote efficiency by ‘mimicking the market’. By ‘mimicking the market’, Posner means that the relevant legal authorities ought to assign property rights to those parties who would have secured them through market exchange. (...). That just means, assign the right to the party who would have paid more for it”. Coleman (1984: 658-662).

³³ Para o filósofo liberal John Rawls (1971), um dos mais expressivos críticos do utilitarismo, a justiça individual e distributiva tem prioridade sobre a eficiência, já que a função mais importante do sistema jurídico é a garantia dos direitos individuais. Rawls parte da idéia de que todas as leis, instituições e políticas devem ser pautadas pelo ideal de justiça. Por outro lado, identifica um problema: como os membros de uma sociedade poderiam concordar com o que seria a justiça? Para solucionar o problema, ele propõe a construção hipotética da “posição original”, claramente de influência contratualista. Imagine-se que ao nascermos são escolhidos os princípios de justiça social, ou seja, somente nesse momento inicial, a “posição original”, são formuladas as regras de justiça distributiva daquilo que será produzido pela sociedade. Ninguém sabe, portanto, qual será o destino da riqueza e qual será sua posição na sociedade. Essa ignorância do indivíduo na “posição original” é o que Rawls chama de “véu da ignorância”. Assim, colocado nessa situação de ignorância quanto à distribuição da riqueza, o indivíduo concluirá que o melhor para ele será dividir os bens de uma maneira mais justa do que correr o risco de sair no prejuízo e com possibilidade de estar em último na distribuição de renda. Desse modo, ao estabelecer qualquer política social, ao invés de maximizar a soma de todas as utilidades, deve-se preocupar em aumentar o bem-estar daqueles que estão em pior situação social. Essa regra é chamada de critério *maximin*. O utilitarismo estaria exclusivamente voltado para a maximização da felicidade coletiva, sem se preocupar com o modo como esta é distribuída, se justa ou injusta, tendo em vista uma distribuição inicial. Dessa forma, Rawls acredita que nenhum objetivo que sirva a um dito bem-estar geral pode justificar uma violação aos direitos individuais. Portanto, a solução mais justa – e de caráter menos utilitarista – é de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas, de modo que a maior vantagem seja em favor dos menos privilegiados. Essa teoria individualista, ainda que pareça excessivamente radical, tem seu mérito na crítica aos excessos utilitaristas e consequencialistas.

A premissa do agente racional capaz de maximizar suas satisfações também procurou ser rebatida pela teoria da racionalidade limitada. Segundo o conceito de racionalidade limitada, desenvolvido por Herbert Simom (1998), os indivíduos nem sempre são racionais e capazes de ter uma idéia clara do que traz satisfação. Não são capazes de estabelecer um ranking de satisfação (utilidade) para se fazer cálculos de custo-benefício e adequar seus comportamentos numa coerência entre meios e fins³⁴. A incerteza do ambiente institucional e a informação imperfeita de que dispõe os agentes representam limitações ao raciocínio e a uma possível maximização de suas preferências. Procura-se rejeitar, portanto, a premissa neoclássica de escolhas racionais e maximizadoras.

Além disso, as maiores críticas ao pensamento neoclássico tradicional vieram da chamada “nova economia do bem-estar”, em antítese aos estudos utilitaristas de maximização da utilidade total e das análises de custo-benefício, e da “teoria da escolha social” e de suas evoluções, procurando incorporar o elemento ético ao pensamento econômico. A teoria da escolha social nasceu com os estudos de Kenneth Arrow (1951), ao pretender conhecer como podem se agregar as preferências individuais a uma preferência social. No caso geral de interesses diferentes, a teoria da escolha social procura analisar a relação entre preferências individuais e decisões coletivas, que afetam a todos. No entanto, no caso da análise econômica do direito, interessa-nos muito mais a evolução dessa teoria, desenvolvida principalmente por Amartya Sen (1997). Em linhas gerais, o economista indiano procura negar a racionalidade das escolhas motivadas na pura maximização do interesse individual. O comportamento humano, diferente do que defende os neoclássicos, é movido por uma pluralidade de motivações – muitas vezes altruístas e ilógicas – e não apenas pelo egoísmo ou auto-interesse. Para Sen, diante de uma realidade complexa, modelos econô-

³⁴ Em primeiro lugar os abstratos níveis de preferência não possuem nenhum significado. Se o indivíduo A estipula um índice 2 para uma situação X, um índice 4 para uma situação Y, e um índice 16 para uma situação Z, não se pode concluir nada sobre suas preferências. Não se pode dizer que este indivíduo irá preferir Z a Y seis vezes mais que ele prefere Y a X. Além disso, a análise de custo-benefício pretende adotar um método de comparação entre as preferências de cada indivíduo tendo em vista a distribuição de renda existente no momento. Entretanto, esse critério não identifica objetivos políticos e sociológicos, como a distribuição de riqueza. Deste modo, a maximização da eficiência, alocando recursos naquilo que for mais valioso (no sentido de *willingness to pay*), não levaria a uma maximização do bem-estar. Cf. “Economic Analysis of Law”, verbete da *Stanford Encyclopedia of Philosophy* disponível [online] em <http://plato.stanford.edu/entries/economic-analysis-of-law/> [20-08-2003].

micos devem incluir outros elementos na base de suas decisões. Seu modelo pretende incorporar novos elementos à própria racionalidade neoclássica, como valores éticos e princípios distributivistas.

Entre os juristas, um dos maiores críticos e interlocutores da análise econômica do direito é Ronald Dworkin³⁵. O jusfilósofo rebate fortemente a busca da eficiência como um valor em si mesmo. Para Dworkin, a teoria da análise econômica do direito carece de fundamento moral; eficiência não é um valor democraticamente estabelecido em sociedade, mas apenas um instrumento do valor social. Assim, enquanto eficiência representa um meio, a equidade constitui um valor, esse sim a ser perseguido pelo sistema jurídico.

Mas a análise econômica do direito não se limitou às formulações de Posner e aos criticados pressupostos neoclássicos. Ocorre que, mesmo a despeito das críticas à racionalidade neoclássica, o direito não pode desprezar o imenso ferramental que a economia – e outras ciências – fornece para melhor compreender a conduta dos agentes econômicos. Não resta dúvida de que reduzir o objetivo do sistema jurídico à busca da eficiência econômica carece de fundamentação moral ou mesmo constitucional. Da mesma forma que explicar e mover a conduta humana através de métodos econômicos de custo-benefício ignora a complexidade das motivações que formam a vontade subjetiva de cada indivíduo.

Contudo, não se pode negar um grande mérito do enfoque proposto pela análise econômica do direito: incorporar uma nova racionalidade ao pensamento jurídico, que procura romper com a pura análise *ex ante* da norma jurídica – que vê o tempo do presente para o passado – para se perguntar quais os incentivos e conseqüências que irá provocar no futuro. Suas formulações mais modernas e realistas pretendem incorporar – e ressalta-se, não substituir – uma nova racionalidade ao direito (“*economics matter*”) que será aplicada em conjunto com outros objetivos e valores.

É claro que, como ressalta Gary Becker (1976: 5), com a racionalidade econômica não se pode explicar todos os aspectos da diversidade da conduta humana. Entretanto, o objeto de estudo é compreender as condutas de empresas que atuam no mercado, típicos agentes econômicos maximizadores de

³⁵ Com as críticas de Dworkin, inicia-se um interessante debate acadêmico entre este, de um lado, e Posner e Calabresi, de outro. Cf. Dworkin (1980a: 191-226). Como contestação a Dworkin, ver Calabresi (1980: 553-562). E para as respostas de Dworkin (1980b: 573-590).

utilidade individual para os quais se pode, com certa segurança, prever uma racionalidade neoclássica motivada pelo custo e benefício monetário de suas ações. Esses agentes atuam de acordo com o sistema de motivações e incentivos que surge dentro do conjunto de regras institucionais que se desenvolve ao longo da sociedade. A disciplina do mercado funciona em uma estrutura de incentivos (normas e ambiente institucional), através de punições e recompensas econômicas, que influenciam no comportamento das empresas.

Dessa forma, a partir do momento em que se constata que a motivação pode ser um fator determinante do desempenho da economia, as categorias econômicas podem ser utilizadas como instrumento para extrair o máximo de utilidade do sistema jurídico. E utilidade nesse contexto não deve ser entendida como maximização de riquezas, como pretendem alguns teóricos da análise econômica do direito, mas sim como fazer com que a lei seja aplicada de modo a melhor satisfazer os valores democraticamente estabelecidos em sociedades e que justificaram a sua produção.

3.5. *O ambiente institucional e os incentivos e desincentivos*

Seja como solução a essas críticas, seja como evolução das teorias de Posner, diversas outras correntes propuseram novas formas de estudar a relação entre direito e economia³⁶. Várias são as contribuições, por exemplo, da teoria

³⁶ Uma interessante reformulação da teoria da *Law and Economics*, é a revisão de algumas de suas bases teóricas proposta por Steven Shavell (2002 e 2003), chamado de teórico moderno da análise econômica do direito. O principal contraponto de sua teoria sobre a análise econômica do direito é que Shavell adota o critério de bem-estar (*welfarism*) ao invés da comparação posneriana de custo-benefício. Para Shavell, a medida de bem-estar social requer a análise do bem-estar de cada um dos indivíduos, diferindo da análise de custo-benefício pretendida por Posner. Para este, cada indivíduo possui uma identificação particular de seus interesses, em ordem de preferência. *Grosso modo*, como visto, a utilidade de cada indivíduo é medida pela sua disposição em pagar por determinado bem ou serviço (*willingness to pay*). Depois, as preferências de cada indivíduo são agregadas em um ranking de preferências de toda a coletividade. Para agregar as preferências individuais, o critério de custo-benefício simplesmente pretende a somatória de cada *willingness to pay*. Por outro lado, para o argumento do bem-estar como critério para a análise econômica das normas jurídicas, a utilidade é medida através do bem-estar individual de cada agente, incluindo tudo o que forme essa preferência (suas preferências econômicas, morais, sentimentais, etc). Por exemplo, as escolhas preferenciais de um indivíduo podem incorporar considerações de justiça social e, até mesmo, de preservação do próprio bem-estar de outros indivíduos. Com base

dos jogos³⁷ e da teoria dos comportamentos estratégicos³⁸ para a evolução da teoria da análise econômica do direito, mas merece destaque principalmente a chamada *New Institutional Economics* (Nova Economia Institucional), que procura justamente estudar o papel das instituições e organizações sociais sobre os impactos econômicos que dela derivarão e seus efeitos sobre a alocação de recursos e os incentivos sobre o comportamento dos agentes privados. Nesse enfoque, a análise econômica deve levar em consideração o ambiente normativo no qual vivem os indivíduos³⁹. A questão para esses teóricos é como criar um ambiente institucional favorável ao desenvolvimento e qual o papel do direito e economia para promover a justiça e equidade do sistema social.

nessas premissas, afirma Shavell que a forma de distribuição da renda torna-se importante para o bem-estar social. A distribuição de renda afeta a distribuição de utilidade. Primeiro, para uma pessoa pobre um dólar a mais vale muito mais do que um dólar a mais para uma pessoa rica. Segundo, a distribuição de renda afeta o bem-estar social, pois a utilidade individual pode depender da distribuição de renda da população como um todo, simplesmente por um sentimento de altruísmo ou compaixão. Nesse sentido, mesmo se um indivíduo rico e um indivíduo pobre percebem a mesma utilidade marginal por um dólar a mais, ainda assim o bem-estar social pode ser aumentado com uma distribuição de renda mais igualitária, que beneficie o indivíduo pobre. Conclui-se dessa forma que o que vale não é simplesmente a maximização da satisfação coletiva, mas também o modo como esta é distribuída, pois este modo determina a proporção da felicidade e a medida do bem-estar. Como a justiça na distribuição da felicidade é condição do bem-estar, o caráter distributivo estaria implícito. Entretanto, para Shavell, a distribuição de renda ou recursos escassos não deve ser feita através da aplicação de normas jurídicas pelos tribunais. Utilizá-las como instrumento de distribuição de rendas acabaria por distorcer os incentivos dos indivíduos, além de ser uma técnica trabalhosa e de difícil operacionalização, cujos resultados podem demandar mais prejuízo que os benefícios obtidos. Não poderia um juiz – não por falta de competência conferida por lei – definir métodos de distribuição que possibilitariam que o bem-estar fosse transferido com o mínimo de perda possível. A função de alocar recursos escassos de maneira equitativa e eficiente ficaria a cargo do sistema tributário e de políticas públicas específicas e devidamente estruturadas para tal fim. O tratamento individualizado dado pelo Poder Judiciário a questões de natureza eminentemente coletiva muitas vezes despreza os efeitos que gerariam para além do processo.

³⁷ Ver C. Gertner, D. Baird e R. Picker, *Game Theory and the Law*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1994.

³⁸ Ver A. W. Katz. *Foundations of the Economic Approach to Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998.

³⁹ Ver Douglass C. North. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

De forma bastante resumida, o argumento central da Nova Economia Institucional é o de que as instituições formais e informais de uma sociedade promoverão o desenvolvimento econômico quanto mais elas permitirem e incentivarem o potencial produtivo e criativo dos agentes. Para que isso ocorra, o direito, as organizações e os usos e costumes sociais devem favorecer a iniciativa individual e a cooperação através de mecanismos impessoais, principalmente garantindo os direitos de propriedade e gerando uma estrutura de preços relativos que incentive as atividades produtivas e reduza os custos de transação. O direito desempenha o papel, portanto, de garantir as regras do jogo e geralmente o faz através das já citadas normas procedimentais. Mas ainda que no núcleo do novo institucionalismo esteja o teorema de Coase, a preocupação essencial dessa teoria – e o que a difere da análise neoclássica – é o funcionamento das instituições e como elas afetam os custos de transação⁴⁰.

Douglass North (1990), um dos principais representantes da Nova Economia Institucional, afirma que o comportamento econômico dos agentes está associado a um conjunto de motivações determinado por esse arranjo institucional. Para o autor, as instituições são os limites que as sociedades se impõem para estruturar as relações políticas, econômicas e sociais. Essas instituições compreendem as regras formais do jogo, as regras informais que limitam o comportamento (normas informais, convenções e códigos de conduta auto-impostos) e os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas (as instituições constituem as “regras do jogo” e as organizações são os jogadores). Dentro desse esquema, as limitações que são impostas pelo arranjo institucional contribuem para a definição do conjunto de oportunidades e, como consequência, as condutas das organizações. Portanto, alterações neste ambiente institucional podem levar a mudanças na forma de conduta das organizações.

O arranjo institucional deve ser formado de um conjunto de motivações que incentivem os agentes a um comportamento que crie o máximo de bem-estar para todos. Como destaca Cláudio Machado Filho (2002: 23) “North sugere que as instituições e a efetividade do *enforcement* (fazer valer) determinam os custos de transação entre agentes em um determinado mercado. Instituições efetivas são aquelas que elevam os benefícios de soluções cooperativas ou os custos de defecção, em termos de teoria dos jogos. Quanto aos

⁴⁰ No entanto, não se pode ignorar – com base no reducionismo da análise econômica do direito para descrever o comportamento humano – que os agentes no mercado são motivados por regras culturais e valorativas. As instituições também envolvem não só regras legais e econômicas, como os valores dos indivíduos que compõem a sociedade.

custos de transação, reduzem os custos de funcionamento do sistema econômico (trocas), aumentando os ganhos do comércio. Neste sentido, instituições efetivas são aquelas que motivam uma conduta ético/legal das empresas”.

Qualquer violação das regras jurídicas deve ser acompanhada de punição que imponha uma sanção ao infrator de forma a desmotivá-lo; mas apenas uma sanção não é suficiente para criar esse incentivo. Assim, numa sociedade marcada pelo desrespeito e pela impunidade, os agentes não possuem motivação para alterar seus comportamentos e agirem conforme a lei. Legislações tributárias complexas e mal formuladas são propícias para evasão fiscal, pois além de dificultarem a ação fiscalizadora, desincentivam o cumprimento voluntário das obrigações fiscais. Da mesma forma que, se a legislação trabalhista impõe custos elevados à contratação, utilização e demissão de trabalhadores, ou seja, custos de transação elevados, o resultado será ou ineficiência econômica com a perda de recursos que poderiam ser aplicados para outros objetivos, ou estímulo para o não cumprimento dessas regras.

Em recente estudo desenvolvido pela McKinsey Global Institute⁴¹ comprovou-se que o Brasil possui alto índice de informalidade em sua economia porque oferece condições para sua proliferação. Segundo a pesquisa, três aspectos contribuem para tal proliferação: (i) a realidade sociodemográfica, que cria uma ampla força de trabalho de menor capacitação disposta a ingressar no mercado de trabalho informal; (ii) os elevados custos da atuação formal, em função dos níveis de tributos de contribuições trabalhistas e previdenciárias, da complexidade dos processos empresariais e da carga regulatória; (iii) e a insuficiência de instituições e mecanismos de coibição para tais práticas. Os próprios autores do trabalho chegam a afirmar que “a equação econômica de custo e benefício realizada por trabalhadores e empresários acaba por favorecer a atuação informal”.

Em recente pesquisa desenvolvida pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN)⁴² no ano de 2004, constatou-se que 59% dos consumidores entrevistados compravam produtos no comércio informal, estimulados principalmente pelo baixo preço, acesso fácil e pela flexibilidade

⁴¹ *McKinsey Global Institute*. “Eliminando as barreiras ao crescimento econômico e à economia formal no Brasil”. São Paulo, junho de 2004, disponível [*online*] em <http://www.etco.org.br> [26-12-2004].

⁴² Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica n° 5/2004, 25 de maio de 2004.

para negociar o valor do produto. Mesmo cientes dos riscos que produtos falsificados ou contrabandeados e mal acondicionados podem causar – além de apresentarem pior qualidade e menor durabilidade –, essas conseqüências não são suficientes para reduzir o hábito de consumo no comércio informal.

Conseqüentemente, o crescimento do consumo nesse mercado estimula novos agentes a ingressarem na informalidade ou a praticarem outras condutas ilícitas para obterem essa mesma fatia do mercado e aumentarem seus lucros. Entretanto, não parece ser uma solução viável aumentar gastos com campanhas publicitárias e informativas para alertarem os consumidores sobre os perigos desse tipo de hábito, pois dificilmente surtirá benefícios que compensem esse investimento. O número de 83,7% de consumidores cientes dos riscos que produtos falsificados causam à saúde, segundo essa pesquisa da FIRJAN, reflete o baixo poder aquisitivo da população brasileira e somente seria reduzido com a diminuição da desigualdade de renda⁴³.

Em outro estudo anterior também desenvolvido pela FIRJAN⁴⁴, com o objetivo de identificar as principais e mais nocivas práticas de concorrência desleal praticadas, a pesquisa demonstrou que 45% dos produtos piratas são comercializados tanto em estabelecimentos formais como naqueles informais. Ademais, 25% desses produtos falsificados são vendidos somente no mercado informal, enquanto 35% saem do próprio mercado formal.

No entanto, os dados mais preocupantes são os apresentados ao final desta pesquisa de 2003. Apenas 37% das empresas adotam algum tipo de medida contra a concorrência desleal em função dos altos custos para implementá-la. Depois, mais reduzido ainda é o número de empresas que já ingressaram no Judiciário contra alguma prática desleal, somente 14%, justificado, em parte, pelo alto custo de acesso aos tribunais. E se não bastasse o número reduzido de casos que chegam ao Judiciário, mais preocupante é a decisão final: em 67% desses casos não se consegue nenhum resultado concreto, nenhuma prova cabal e conclusiva acerca da conduta que justifique uma punição e a cessação da prática.

⁴³ Mais preocupante ainda é pensar em outro dado da pesquisa: 59,7% dos consumidores entrevistados afirmaram que não pretendem alterar seus hábitos de consumo e deixar de comprar produtos no mercado informal.

⁴⁴ Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica nº 9/2003, 03 de novembro de 2003.

O quadro brevemente descrito reflete um dilema da sociedade atual: a atuação tradicional do Estado através de seu poder coativo e a imposição de penalidades vem perdendo sua capacidade de determinar ou influenciar o comportamento dos agentes no mercado, pois estes – assim como os próprios consumidores ao adquirirem produtos no mercado informal – se vêem mais do que motivados a descumprir a lei, reduzir os custos e ganhar fatias de mercado. A definição geral e abstrata de regras jurídicas para determinar o comportamento empresarial ou a própria intervenção estatal, utilizando-se de sua força coercitiva para impor obrigações e deveres aos agentes, possuem hoje um reduzido grau de eficácia, pois a investigação é altamente custosa para os cofres públicos e a quantidade de denúncias privadas é pequena em função do custo de acesso ao Judiciário ou mesmo do medo de retaliação por parte do concorrente desleal.

A indagação que permanece é como obter esse arranjo institucional favorável ao desenvolvimento econômico. No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e tendo em vista as questões anteriormente abordadas nesse trabalho, uma interessante proposta a ser analisada é a incremento de mecanismos que possibilitam o acesso de agentes privados para oferecer denúncias de práticas anticompetitivas ou informações que possibilitem à Secretaria de Direito Econômico instaurar uma investigação *ex officio*, o chamado *private enforcement of antitrust law*. A primeira preocupação da autoridade antitruste deve ser com a promoção ou advocacia da concorrência, ou seja, o papel educacional dessas autoridades na disseminação da cultura da concorrência para que os empresários percebam que o recurso ao Judiciário não é a única, e nem mais eficiente e barata, forma de se obter a tutela pretendida. O acesso ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apresenta custos bem menores e pode trazer solução mais eficaz e rápida para o problema. Porém, o órgão público muitas vezes encontra-se impossibilitado de identificar as inúmeras práticas desleais em todo e qualquer mercado, seja decorrência da natural assimetria informacional entre regulador e regulado, seja em função da falta de recursos disponíveis para implementar uma investigação profunda em diversos setores. Dessa forma, a ação privada, como um verdadeiro fiscal da lealdade no mercado, pode ser mais eficiente do que a atuação estatal e propiciar uma melhor aplicação das regras antitruste. Ademais, a ameaça de que condutas anticoncorrenciais serão delatadas pelos concorrentes atingidos cria um ambiente de maiores incentivos ao cumprimento da lei, além de difundir a própria cultura da concorrência no mercado. É claro que também se faz necessário criar condições para que a ação privada ocorra – mais uma vez a questão dos incentivos. Uma importante medida recentemente implementada na legislação brasileira é o acordo de leniência, programa de redução de penas para os infratores à

ordem econômica que se apresentarem espontaneamente às autoridades antitruste. Por esse programa, agentes que cooperarem com as autoridades antitruste, identificando os demais co-autores da infração e apresentando provas concretas, serão excluídos do processo administrativo ou terão suas penas reduzidas de um a dois terços. Outra medida a ser estudada – embora bastante controversa e de legalidade questionável – é a possibilidade de sigilo para o agente que oferecer a denúncia, justamente para evitar possíveis retaliações posteriores por parte do concorrente acusado ou condenado contra seu denunciante. A implementação de um fórum eletrônico, recebendo informações via e-mail também pode auxiliar na facilidade de acesso aos mais diferentes tipos de empresários e consumidores, assim como representa uma importante ferramenta de coleta de dados para a autoridade antitruste.

Entre outras possibilidades, a idéia é que informações derivadas do próprio mercado – ou seja, também de consumidores e não somente empresas – tornem-se cada vez mais importante na investigação da autoridade antitruste. Na verdade, encorajar consumidores e empresários a denunciar práticas supostamente ilegais deve ser acompanhado de condições para que a autoridade esteja preparada para lidar com o número grande de informações e o crescimento da demanda, mesmo que o órgão selecione apenas aquelas que apresentem maiores indícios de infração à ordem econômica para instaurar uma investigação. Se por um lado o poder público possibilita o acesso à iniciativa privada, por outro lado, esta passa a exigir uma resposta para o conflito que postulou.

Qualquer mecanismo de *private enforcement* (ou qualquer outra medida) somente será efetivo e estimulará novos agentes a atuarem como fiscais da ética concorrencial se o próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atuar no jogo do mercado. Para comprovar essa afirmação, basta analisar a questão sob o prisma da teoria dos jogos. A teoria dos jogos tem como objetivo a análise de problemas em que existe uma interação entre os agentes, onde as decisões de um indivíduo, empresa ou governo afetam e são afetadas pelas decisões dos demais agentes ou jogadores. Em teoria dos jogos, trabalha-se com o chamado ambiente estratégico, no qual o resultado de uma determinada ação depende não apenas dela, mas também das ações dos outros tomadores de decisão. Ao tomar suas escolhas de produção, cada uma das empresas deverá levar em consideração o modo pelo qual sua decisão afeta o mercado. Para Salomão Filho (2003: 27), o agente econômico racional não direciona o seu comportamento por uma observância de um princípio individualista, mas por uma compreensão das formas de interação econômica, ou seja, primeiro o agente adquire conhecimento do funcionamento do

mercado, depois oriente seu comportamento. Portanto, mais uma vez constata-se que os sinais emitidos pelo mercado formam o conhecimento do agente econômico para a tomada de sua decisão. Dessa forma, como lembra Salomão Filho (2003: 283), havendo uma sanção comportamental por parte da autoridade antitruste, os agentes econômicos compreenderiam que existe um outro jogador no mercado (a própria autoridade antitruste), que reage a seus comportamentos, evitará uma prática desleal e desincentivará a conduta anticompetitiva futura. Nesse caso, o jogo será de duração finita, sendo o fim a intervenção da autoridade antitruste e com base nesse conhecimento as empresas definirão suas estratégias de atuação no mercado.

Pouco adianta a existência de mecanismos sancionadores ou de condições para que agentes privados se utilizem desses meios para barrar práticas ilícitas se essas empresas não “acreditarem” na eficácia da atuação do órgão regulador. Para o mercado, a decisão da autoridade antitruste é um ato de comunicação que procura, ao mesmo tempo, solucionar o caso concreto de modo imperativo e motivar/direcionar condutas futuras. O discurso que se traz nessa decisão jurídica deve ser acreditado pelos seus destinatários, ou seja, induzir comportamentos no sentido da argumentação que fundamenta a própria decisão e refletir a sua legitimidade perante a sociedade.

No entanto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência enfrenta sérios problemas para garantir esse efetivo cumprimento das regras concorrenciais e em sua capacidade de agir como um ator dominante no jogo do mercado. Enquanto a divisão antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos contava, ainda no ano de 1999, com um número de 763 funcionários (351 profissionais do direito, 59 economistas, 123 paralegais e 230 outros profissionais), as autoridades brasileiras, em 2002, somavam somente 398 agentes públicos, dos quais 60 eram economistas e 50 profissionais jurídicos (divididos entre SEAE, SDE e CADE). E mais preocupante ainda é se for observado o orçamento anual de cada país destinado à defesa da concorrência, que para a autoridade norte-americana girou em torno de mais de cem milhões de dólares já em 1999, enquanto o sistema antitruste brasileiro teve um orçamento de pouco mais de 10 milhões de dólares para o ano de 2002⁴⁵.

Importante iniciativa é a ampla publicidade das decisões tomadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A garantia de publicidade e divulgação das decisões do CADE em toda a sociedade é não só uma forma de

⁴⁵ Os dados referem-se ao relatório anual sobre política de concorrência da OECD (2003: 9).

controle social da atuação do órgão, como também uma forma de legitimá-la e ampliar a sua eficácia. O conhecimento difundido no mercado de uma punição por prática desleal pode causar uma imagem negativa da empresa junto ao consumidor, fornecedores, publicitários, o que é sinônimo de menores lucros e desincentivo para o próprio infrator cometer nova prática ou exemplo para que outras empresas não sofram o mesmo prejuízo ao também serem condenadas.

Outra importante medida preventiva que pode sinalizar positivamente como um incentivo à lealdade competitiva é o lançamento de certificados de “bom comportamento concorrencial”. Da mesma forma que selos de qualidade da marca atestam a aprovação e confiança em determinado produto, um certificado corroborando a responsabilidade concorrencial da empresa, embora não seja garantia de que não ocorrerá prática ilícita no futuro, representa uma boa imagem dessa empresa no mercado e pode ser utilizada por ela para atrair clientela (consumidores, fornecedores, investidores)⁴⁶. Como estímulo, o certificado, por exemplo, pode oferecer algum tipo de vantagem para o empresário, seja de natureza tributária, seja facilidade de obtenção de crédito ou negociação de eventuais dívidas.

4. Considerações finais

Ao contrário da tentativa de se apresentar uma conclusão final para todo o trabalho, este sucinto capítulo final tem o objetivo de expor pretensões.

Em primeiro lugar, ao apresentar a evolução da industrialização na economia brasileira, pretendeu-se demonstrar as transformações no comportamento empresarial moderno e até que ponto essas mudanças provocaram um impacto nos paradigmas do direito positivo tradicional. Essas alterações, aliadas a fortes mudanças sociais, políticas e culturais, colocaram em xeque a

⁴⁶ Em recente estudo desenvolvido por Cláudio Machado Filho (2002), o autor conclui, com base em uma série de estudos de casos práticos, que, embora com motivações distintas, as empresas analisadas percebem retornos positivos à imagem corporativa decorrentes das ações de responsabilidade social, o que as leva a incorporar esta temática em seus modelos de gestão estratégica. Dessa forma, mudanças institucionais com os novos marcos regulatórios nas questões ambientais e sociais possuem grande potencial indutor para as empresas desenvolverem ações visando a manter ou ganhar reputação, o que faz crescer a preocupação das empresas com o comportamento ético e socialmente responsável. A reputação das empresas é o fruto da prática efetiva e constante de valores como respeito ao consumidor, honestidade, transparência nas relações com seus públicos, integridade nas demonstrações financeiras e preocupação com o meio ambiente e comun

eficiência dos mecanismos jurídicos e institucionais de controle, regulação, direção e planejamento.

Ao analisar esse quadro, a intenção foi demonstrar que a atuação tradicional do Estado através de seu poder coativo e a imposição de penalidades vem perdendo sua capacidade de determinar ou influenciar o comportamento dos agentes no mercado – o que se chamou de limite operativo do direito –, pois estes se vêem mais do que motivados a descumprir a lei, reduzir os custos e ganhar fatias de mercado.

Dentro desse contexto, procurou-se compreender justamente esse aspecto essencial para que se pudesse pensar em como solucionar o problema da concorrência desleal: a motivação dos agentes econômicos como um fator determinante do desempenho da economia e as instituições como fator motivacional indutor da forma de conduta dos agentes, em aspectos econômicos, legais e éticos.

Após a constatação de que instituições são mecanismos sociais que coordenam o comportamento dos agentes econômicos, o propósito, portanto, foi construir uma análise descritiva e prescritiva, com base na teoria dos incentivos no âmbito da análise econômica do direito e da Nova Economia Institucional, de como difundir os valores éticos e concorrenciais no mercado e contribuir para um melhor desenvolvimento econômico e ético dos agentes na sociedade.

5. Referências Bibliográficas

Arrow, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New York: Wiley, 1951.

Becker, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1976.

Bresser-Pereira, Luiz Carlos. “A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle”. *Lua Nova*, n° 45, pp. 49-95, 1998.

Calabresi, Guido. “Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal*, n° 70, pp. 499-553, 1961.

Coase, Ronald H. “The Problem of Social Cost”. *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, pp. 95-156, 1990.

Coleman, Jules L. “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”. *Ethics* 94, pp. 649-679, 1984.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Trad. de Eduardo

L. Suarez, México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

Coutinho, Diogo Rosenthal. *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. 2003. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

Dworkin, R. “Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies* 9, pp. 191-226, 1980a.

“Why Efficiency?”. *Hofstra Law Review* 8, pp. 573-590, 1980b.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Faria, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Forgioni, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FIRJAN. Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica nº 9/2003, 03 de novembro de 2003, disponível [online] em www.firjan.org.br/notas/media/nt9-2003.pdf [16-12-2004].

Nota Técnica nº 5/2004, 25 de maio de 2004, disponível [online] em www.firjan.org.br/notas/media/NT5-2004.PDF [20-12-2004].

Leiter, Brian. “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”. *Ethics* 111, pp. 278-301, 2001.

“Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”. *Texas Law Review* 76, pp. 267-315, 1997.

MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro. *Responsabilidade Social Corporativa e a Criação de Valor para as Organizações: Um Estudo Multicasos*. 2002. 204 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

McKinsey Global Institute. “Eliminando as barreiras ao crescimento econômico e à economia formal no Brasil”. São Paulo, junho de 2004, disponível [online] em <http://www.etco.org.br> [28-12-2004].

Napoleoni, Claudio. *O Pensamento Econômico do Século XX*. Tradução de Aloísio Teixeira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

North, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). *Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil – 2002*. April, 2003, disponível [online] em www.oecd.org [21-06-2004].

Pigou, Arthur C. *The Economics of Welfare*. 4th ed. London: Macmillan and Co., 1932.

Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5th ed., New York: Aspen Law & Business, 1998a.

“Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *Chicago Working Paper in Law & Economics*, 1998b.

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

- “Regulação e Desenvolvimento”. *Regulação e Desenvolvimento*, C. Salomão Filho (org.). São Paulo: Malheiros, 2002.

Sen, Amartya. *Choice, Welfare and Measurement*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.

Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

“Welfare Economics, Morality and the Law”. Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper n° 409, 2003, disponível [online] in http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/ [20-08-2003].

Simom, Herbert. “Rationality in Psychology and Economics”, in *Foundations of the Economic Approach to Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998.

Stigler, George. “The theory of economic regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n° 2, pp. 3-21, 1971.

Teubner, Gunter. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. New York: W. de Gruyter, 1985.

“Substantive and reflexive elements in modern law”. *Law and Society Review*, v. 17, n° 2, pp. 239-285, 1983.