

Uma perspectiva jurídica neo-estruturalista para a análise do poder econômico

A neo-structural legal perspective to economic power analysis

Calixto Salomão Filho

Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: calixtosalomao@terra.com.br

Versão original:

Este artigo é uma tradução, autorizada pelo autor, do capítulo 1 do livro *A Legal Theory of Economic Power*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011 (“A neo-structural legal perspective to economic power analysis”, p. 1-25)

Tradução:

Lorena Schmidbauer Penna

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Matheus Chatack Dias

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

1. Introdução: A Insuficiência dos Conceitos e Instrumentos Antitruste

Há décadas a teoria antitruste tem estado moribunda, assemelhando-se a um obituário. Novas ideias são raras e muito espaçadas, e o pouco que surge tem orgulho de ser voltado à mera aplicação prática. Os dias das teorias gerais e justificativas fundamentais do antitruste já estão no passado.

Com efeito, a forte tendência à simplificação e ao negativismo doutrinário tem uma dupla origem. Em primeiro lugar, baseia-se numa análise superficial do cenário econômico que leva à crença de que os efeitos do poder econômico privado na sociedade se limitam à relação produtor-consumidor.

Tanto nos países em desenvolvimento quanto nos desenvolvidos, a história econômica mostra que os efeitos do poder de monopólio são muito mais penetrantes do que apenas a relação consumidor-produtor, afetando os padrões de desenvolvimento e até mesmo os padrões de distribuição de renda na sociedade.

Em segundo lugar, há uma fé poderosa e simplista na capacidade da teoria econômica de prever resultados e, conseqüentemente, em nossa capacidade de identificar o resultado mais eficiente na relação consumidor-produtor.

Esse resultado é, por sua vez, produto de uma análise do funcionamento do mercado baseada na racionalidade econômica em sua versão mais simplista. Por conseguinte, o direito e, em particular, o direito antitruste, foram orientados para corrigir imperfeições no funcionamento do mercado. Nesta visão (neoclássica)¹, as estruturas de poder de mercado nada mais são que o produto de um funcionamento imperfeito do mercado.

A combinação dessas duas simplificações leva a uma crença na possibilidade de identificar-se um objetivo teórico único no direito antitruste, que consiste em obter um certo resultado econômico baseado em princípios

¹ A palavra 'neoclássico' tem muitos significados diferentes na história econômica e na ciência econômica. Quando usada no livro, é equivalente à teoria microeconômica da Escola de Chicago como aplicada ao direito antitruste.

de funcionamento racional do mercado. Esta análise é, como será demonstrado, demasiado simplista por várias razões.

Em primeiro lugar, porque o poder econômico não pode ser considerado um mero fenômeno de mercado. Como será demonstrado, nem todas as estruturas com poder econômico são criadas no mercado, mesmo que o afetem. Muitas dessas estruturas são criadas pelo direito ou pelas relações sociais. Analisá-las em termos de racionalidade de mercado é, portanto, impossível.

Mas isto não é tudo. O paradigma focado exclusivamente (ou predominantemente) na racionalidade de mercado pode ser criticado não apenas com base na fonte do poder econômico, mas também em seus efeitos. Os efeitos das estruturas de poder econômico não se limitam ao mercado. Eles são muito mais amplos, envolvendo, como será visto nos próximos tópicos, efeitos negativos na distribuição de riqueza e na sociedade. Consequentemente, todas as estruturas, mesmo aquelas criadas no mercado, não são bem percebidas nem analisadas pelos paradigmas da racionalidade do mercado.

Se tudo isso é verdadeiro e se o poder econômico não deriva apenas do mercado mas também possui raízes legais e às vezes sociais e, por outro lado, se produz efeitos muito além do mercado, então a racionalidade econômica não pode ser uma racionalidade predominantemente de mercado. Ao invés disso, deve ser uma racionalidade de poder e de exercício de poder. Evidentemente, uma realidade tão ampla não pode ser bem percebida pelo direito antitruste tradicional.

2. Poder Econômico e seus Múltiplos Efeitos nas Esferas Social e Econômica: Monopólios e Subdesenvolvimento

Se isso é verdade, então uma análise das relações e efeitos gerados pelo poder econômico deve ter origem não apenas em suposições matemáticas sobre os resultados econômicos, mas em estudos aprofundados da história econômica

dos países nos quais esse poder é mais estruturado e profundamente enraizado nas estruturas sociais e econômicas. A razão é simples. Os amplos efeitos do poder econômico são mais facilmente identificáveis nestas regiões. Como em qualquer análise teórica, o uso de exemplos com características mais pronunciadas ajuda a identificar tendências e a demonstrar proposições. Isso não significa que tais resultados sejam inválidos para países em que o poder econômico é menos disseminado e menos profundo. Significa apenas que os resultados obtidos provavelmente serão menos intensos.

Os países em que o poder econômico é historicamente mais concentrado e consolidado são ex-colônias europeias na América do Sul e na Ásia. Nesses países, o poder econômico é um fenômeno que historicamente faz parte da sociedade e, portanto, muito mais fácil de se identificar. Esta afirmação não é nova, mas suas consequências para a economia e para os sistemas jurídicos internos em vigor nos países em desenvolvimento foram ignoradas no passado e ainda são menosprezadas.

Não há dúvida de que, nas antigas colônias, em contraste com os atuais países desenvolvidos, o poder econômico foi constituído por relações econômicas que eram fatores relevantes para a formação dos estados nacionais. As histórias da maioria desses países, senão todos, estão estreitamente interligadas com a colonização europeia. Este é um elemento importante a ser notado. O status de "colônia", muito além da dependência externa, criou estruturas de poder internas que marcaram e ainda influenciam muitos aspectos do desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) nessas sociedades.

É por isso que parece possível rever seus processos de desenvolvimento a partir das estruturas de poder econômico e da estrutura de distribuição de renda que os acompanham. Os laços de dependência colonial que motivaram o subdesenvolvimento, mesmo que sejam a sua raiz, não são sua causa última. A explicação é simples, mas deve ser bem compreendida. As estruturas econômicas internas são o que permite ou inibe, nos momentos necessários, a ruptura da dependência. Como todos sabemos, isso raramente ocorreu na história dos países em desenvolvimento. Para além de situações

raras e excepcionais, nestes países os laços de dependência raramente são contra-atacados e, com ainda menos frequência, quebrados. Isso se deve às estruturas de poder internas e à distribuição de renda que se beneficiam, ainda que indiretamente, desses laços.

A análise deve estar focada, portanto, nessas estruturas. Além disso, a relação entre poder econômico e distribuição de renda deve ser abordada à luz de evidências históricas. Essa relação é intensa.

A análise tradicional tende a identificar apenas certas relações superficiais entre uma empresa monopolista e o consumidor, a saber, identificando-a essencialmente como o valor do lucro extraordinário do monopolista que é extraído dos consumidores através da imposição de preços monopolísticos. Como demonstrado em estudos empíricos, esse valor não pode ser desconsiderado e representa uma parcela relevante da concentração de renda.

O fato é que essa relação entre concentração econômica e distribuição de renda é muito mais profunda e mais extensa. Isto é especialmente verdadeiro em economias estruturalmente concentradas, como as antigas colônias. Por um lado, a relação é muito mais extensa no mercado de produtos, afetando a própria organização industrial. Além do desequilíbrio nas relações entre consumidores e fabricantes, com as consequentes ineficiências na alocação e distribuição, implica uma desproporção absoluta entre os setores econômicos. O setor dinâmico da economia desde os tempos coloniais é geralmente concentrado em produtos primários ou produtos de baixa tecnologia para exportação e em bens de consumo duráveis a serem consumidos internamente pelo segmento de alta renda da população. Estes dois setores, monopolizados ou oligopolizados, concentram investimentos e ganhos de produtividade. Por conseguinte, drenam os recursos do sistema econômico quer diretamente, através de lucros monopolísticos obtidos a partir de fornecedores, quer indiretamente, através da drenagem de investimentos que de outra forma seriam investidos em outros setores (doravante denominados setores econômicos periféricos).

Os efeitos também são mais profundos. Além do mercado de consumo e dos setores econômicos periféricos, há também forte interferência no mercado de trabalho. Assim, em muitos desses países, senão na maioria, a concentração de renda acaba se tornando uma condição fundamental para o crescimento econômico. Isso ocorre porque, baseados na produção de produtos primários e de matérias-primas simples, tanto para o mercado interno quanto externo, os ganhos de produtividade nessas economias não podem ser obtidos apenas por meio de melhorias tecnológicas (por vezes insuficientes em setores de tão baixa tecnologia). Os ganhos de produtividade, fundamentais para o crescimento econômico, devem basear-se num aumento da produtividade da mão-de-obra, que pode ser conseguido por meio da redução dos salários reais ou da redução efetiva da mão-de-obra (decorrente das chamadas economias de escala obtidas pela concentração econômica). Este movimento só se torna possível, porém, em razão de um alto nível de monopolização da economia, o que também cria grandes conglomerados monopolistas no mercado de trabalho. Tal como referido anteriormente, esta situação é explicada não apenas pelo fato de os concorrentes no setor relevante serem escassos e pouco importantes, mas também porque, nessas economias, o padrão monopolista colonial assegura a falta de concorrência entre os setores econômicos. Setores com dinamismo econômico real, capazes de acumular capital e absorver a força de trabalho, são poucos e concentrados.

Somente através de um padrão de crescimento tão concentrado é que é possível ter acumulação de capital e, portanto, investimento produtivo que leve ao crescimento. Dito isto, tal padrão de crescimento requer, para sua própria existência, uma redistribuição inversa da renda, com o empobrecimento (relativo para trabalhadores ocupados e absoluto para aqueles que perdem seus empregos) de grupos de renda mais baixa e empobrecimento relativo de setores econômicos periféricos.

Colocar o foco nas estruturas também implica que não sejam aceitas as explicações sociológicas individualistas predominantes do subdesenvolvimento. Essas justificativas são frequentemente incorporadas ao raciocínio neo-institucional para explicar o subdesenvolvimento e sugerir

soluções. Assim, de acordo com essas teorias, na exploração colonial, a motivação individual dos colonizadores da América Latina e da Ásia, diferente da dos imigrantes da América do Norte e da Oceania, refletiu-se em toda a estrutura institucional da sociedade. Este tipo de afirmação erra em ser, ao mesmo tempo, uma simplificação e um exagero. Por um lado, exagera as diferenças no espírito individual dos colonizadores. Estudos interessantes demonstram que a experiência colonial é mais rica do que essa distinção parece sugerir. Dentro das mesmas colônias, coexistiam regiões de mera exploração com regiões onde os colonizadores consideravam se estabelecer e permanecer. Ambas as situações ocorreram em países colonizados na América Latina, Ásia e até mesmo na África (África do Sul, por exemplo). Nesses países, sejam eles Argentina, Austrália ou Índia, o espírito colonial capitalista foi similar.²

Por outro lado, o que essas teorias sociológico-individualistas não consideram é precisamente o estudo das estruturas econômicas criadas pela colonização exploradora. Essas estruturas, e não a motivação individual, são os principais fatores que levam a diferenças entre economias baseadas em monopólio explorador e sociedades nas quais essas estruturas não prevalecem. Elas acabam por determinar os ciclos econômicos e influenciar todo o sistema socioeconômico da sociedade. Prevaecem sobre as semelhanças ou diferenças que as regiões que experimentaram o estabelecimento definitivo de populações, ao contrário daquelas onde as populações foram meramente exploradas, poderiam ter a partir do ponto de vista das motivações dos exploradores. Assim, regiões de similar espírito colonial como Buenos Aires, na Argentina, e Sydney, na Austrália, resultam em países e regiões de níveis de desenvolvimento social e econômico que são absolutamente diferentes.

A concentração estrutural do poder econômico produz efeitos sobre todo o sistema, concentrando a renda entre setores industriais e entre estratos sociais. Essa concentração de poder e renda também faz com que os padrões de crescimento econômico mudem substancialmente. O crescimento

² Ver D. Denoon, *Settler Capitalism: The Dynamics of Dependent Development in the Southern Hemisphere*, 1983, p. 18, et seq.

é fortemente baseado, entre outros fatores, nos ganhos de produtividade resultantes da redistribuição inversa dos rendimentos dos trabalhadores (empregados e excedentes) para os grandes conglomerados (e seu pequeno número de acionistas).³

É importante observar, a partir de agora, que essa hipótese, uma vez explicada, pode ajudar a resolver dois aparentes paradoxos da história econômica contemporânea, que estão, de fato, diretamente correlacionados.

O primeiro consiste em reproduzir o subdesenvolvimento (com deterioração absoluta ou pelo menos relativa dos principais indicadores sociais e de distribuição de renda), mesmo em países que tiveram taxas de crescimento econômico importantes. A hipótese aqui apresentada pode ajudar a explicar este aparente paradoxo. Se for admitida a hipótese de concentração do poder econômico como gerador de distribuição de renda inversa nos mercados de consumo, trabalho e mercado interindustrial nos países em desenvolvimento, é possível, então, entender a razão do crescimento econômico com deterioração dos indicadores sociais. Isso ocorre precisamente devido à distribuição de renda inversa, em outras palavras, devido ao fato de que os ganhos de produtividade resultam da perda em salários reais ou, mais recentemente, da intensificação do processo de exclusão criado pelo desemprego.⁴ O resultado final é a existência de economias constantemente

³ Para uma análise econômica da relação entre concentração de mercado (monopólios) e pobreza no Brasil durante a época colonial, ver C. Salomão Filho, B. Ferrão e I. C. Ribeiro, *Concentração, estruturas e desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda*, 2009.

⁴ Enquanto nos tempos coloniais e industriais iniciais, os ganhos de produtividade foram obtidos com a redução salarial real, nos tempos modernos a produtividade ou a eficiência são obtidas a partir da redução de custos nos processos de concentração, especialmente por meio de demissões. O problema é que a "exclusão econômica" criada por este processo de demissão é muito mais grave do que apenas o desemprego. O desemprego, quando conjugado com um ambiente onde outras pessoas estão incluídas no processo econômico, marginaliza completamente o indivíduo. Uma vez que ele é incapaz de pagar qualquer tipo de preço ou de bens (de alimentos a imóveis) que o indivíduo não marginalizado paga, ele é constringido a um ambiente econômico paralelo, dos excluídos. A pobreza, a violência, a formação de gangues e a dependência química criam um círculo vicioso paralelo ao processo econômico, do qual é difícil resgatar o indivíduo. Embora muitos países em desenvolvimento, como o Brasil, tenham experimentado taxas de crescimento relevantes em certo período (2002 a 2010 sobretudo), juntamente com a melhora em muitos indicadores sociais, isso se deve principalmente a programas governamentais anti-pobreza e inclusivos (como Bolsa Família no Brasil). Mesmo nesses países, entretanto, a influência das estruturas econômicas na exclusão acima mencionada é um importante motivo pelo qual provavelmente a pobreza urbana se mostra muito mais difícil de se erradicar do que a pobreza rural por meio de programas de combate à

subdesenvolvidas, nas quais quanto mais as estruturas de poder econômico crescem, mais pobreza e desigualdades sociais são produzidas.

O segundo paradoxo aparente está na convergência dos preços relativos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento identificados em estudos empíricos⁵. De acordo com essa pesquisa, é possível mostrar uma correlação positiva entre a convergência internacional nos preços das commodities e a convergência dos preços relativos dos fatores de produção (principalmente salários e rendimento da capital imobiliário, a relação salário-rendimento do capital imobiliário). Essa convergência é seguida – e daí o aparente paradoxo – por um aumento das diferenças dos padrões de vida nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento. Obviamente, não é suficiente, como é feito nestes estudos (ver nota 4), identificar ganhos tecnológicos para explicar esses resultados. A aproximação dos preços das mercadorias seguida de uma aproximação dos índices de salário-rendimentos do capital (wage – rental ratios) deveria também conduzir a diferenças menores e não maiores no nível de vida, mesmo com tecnologias diversas. Afinal, os preços das commodities e da terra representam grande parte do que é necessário para melhorar os indicadores sociais e econômicos de uma região. Mesmo com outros fatores importantes influenciando esses indicadores, a absoluta discrepância mostra que há um segmento particular da população aproveitando-se das melhores proporções entre salário e rendimento da capital (wage – rental ratios).

Em relação às diferentes e sucessivas fases econômicas típicas dos países em desenvolvimento, nos quais as indústrias de produtos primários e de matérias-primas substituem a economia rural, esses resultados são, na realidade, indicadores de concentração econômica e redistribuição inversa do rendimento, e não de melhoria da qualidade de vida. Em tais economias, neste

pobreza (Bolsa Família no Brasil, por exemplo). Veja, por exemplo, "Bolsa Família do Brasil", *The Economist*, 31 de julho de 2010, p. 19. Para dados e análises do período, ver «Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento da distribuição de renda», Comunicado no. 75, Comunicados do IPEA, fevereiro de 2011, disponível em português em www.ipea.gov.br.

⁵ Ver J. Williamson, 'Land, Labor and Globalization in the Third World, 1870–1940', in *The Journal of Economic History*, 62(1), March 2002, p. 55 (68); ver outro trabalho anterior do mesmo autor, 'Globalization, Convergence and History', in *The Journal of Economic History*, 56(2), June 1996, p. 277, et seq.

momento histórico particular da industrialização, a redução dos preços da terra é mais do que proporcional à redução dos salários reais que, no entanto, ainda existe. Isso porque a demanda por terras cai mais nos períodos de industrialização do que a demanda por trabalhadores e também porque, durante esse período, sindicatos começam a se organizar na maioria dos países em desenvolvimento, evitando uma deterioração ainda maior dos níveis de salários reais. O que está realmente acontecendo é uma concentração de riqueza nos estratos mais altos da sociedade, que podem acumular ainda mais capital através da compra de terras. Além da associação entre uma melhor correlação entre salários e rendimento do capital imobiliário (*wage-rental ratio*) e a piora dos indicadores sociais, isso também explica outra característica peculiar das economias em desenvolvimento. É fato que, 50 anos após o início do processo de industrialização na maioria dos países em desenvolvimento, estamos testemunhando uma re-concentração da propriedade agrícola nas mãos dos grandes proprietários e a marginalização dos trabalhadores rurais desses países. A acumulação de capital, tendo acontecido de forma desequilibrada, é tal que apenas as camadas superiores da sociedade podem tirar proveito das reduções nos preços da terra. Para as classes trabalhadoras, empregadas ou desempregadas, não há acesso à propriedade agrária. Isso explica a prevalência e o caráter endêmico dos conflitos agrários nessas economias, apesar da relativa abundância de terra.

O que estamos dizendo, na verdade, é que as posições opostas da teoria clássica das vantagens comparativas e da teoria estrutural (na versão inicial de Prebisch) devem ser revisadas. Mesmo com uma aproximação entre os valores dos fatores de produção (em determinado período de tempo)⁶, essa aproximação não é relevante para o desenvolvimento econômico dessas regiões. Isso ocorre porque o problema central do colonialismo não está nas estruturas do comércio internacional, mas nas estruturas internas do poder econômico (relacionadas ou não com questões econômicas e comerciais

⁶ Aproximação não demonstrada completamente. Existem dados relevantes em sentido oposto – ver no artigo J. Love, 'Economic Ideas and Ideologies in Latin America since 1930', in *Cambridge History of Latin America*, vol. VI, 1, 1994, p. 393 (p. 423, principalmente nota 91).

estrangeiras) cujo estabelecimento e implementação foram muito favorecidos pelo colonialismo.

Além disso, como mencionado acima, a história do colonialismo e as estruturas monopolistas que dela derivam afetam profundamente as sociedades do Hemisfério Sul, a ponto de constituírem estruturas sociais e econômicas que afetarão todo o futuro desenvolvimento econômico dessas sociedades. É por esta razão que este trabalho começa com uma recapitulação da história econômica dos países em desenvolvimento.

A menção às estruturas sociais e econômicas é intencional. Não é correto partir de uma predefinição unilateral do comportamento humano, a saber, que as pessoas são movidas exclusivamente pela racionalidade econômica, como definido por G. Becker⁷, ou por motivos predominantemente sociais, como foi tão apaixonada e efetivamente defendido por K. Polanyi⁸. Ao estudar o desenvolvimento (subdesenvolvimento), uma definição entre essas duas tendências é desnecessária.

De fato, a colonização afeta profundamente não apenas as estruturas econômicas mas também as estruturas sociais. O apego às culturas e aos padrões de vida dos países desenvolvidos e um certo desprezo nutrido pelas classes alta e até médias por sua própria civilização é uma característica comum na maioria dos países em desenvolvimento. Mais importante ainda, o monopólio do conhecimento econômico introduzido pelos monopólios coloniais se enraíza nas estruturas sociais, criando tensão entre as classes e dificultando a cooperação na sociedade. Essas crenças e estruturas criam grandes impedimentos ao desenvolvimento.

No campo econômico, o efeito de tais estruturas é ainda maior. Ela afeta, como visto acima, a acumulação de capital e a distribuição de seus ganhos. A análise dos meios de resolver tais problemas estruturais econômicos graves deverá ser mais pormenorizada. Exige uma análise das estruturas e dos comportamentos econômicos resultantes das estruturas monopolísticas e presentes na ordem econômica dos países em desenvolvimento, bem como

⁷ Ver G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 1976.

⁸ K. Polanyi, *The Great Transformation*, 1957, esp. p. 46.

uma proposição jurídica capaz de oferecer uma saída para o círculo vicioso do subdesenvolvimento por eles causado.

Um último e muito importante comentário deve ser feito. A importância central da estrutura monopolística criada nas colônias para o subdesenvolvimento não implica que ela seja sempre o oposto do que estamos procurando, ou seja, a existência generalizada de estruturas econômicas descentralizadas na economia. É um erro comum e talvez intencional entre os teóricos neoclássicos opor aos grandes monopólios uma estrutura econômica de pequenas e médias (e ineficientes, segundo eles) empresas.

Nem mesmo do ponto de vista lógico existem apenas duas alternativas. Com efeito, a verdadeira alternativa ao poder econômico concentrado é uma estrutura econômica equilibrada (em termos de informação e capacidade de negociação) entre a oferta e a demanda. O verdadeiro objetivo de um sistema econômico e das leis que visam protegê-lo é o de abordar a organização correta da oferta e demanda, e não apenas a melhor configuração da estrutura industrial.

Isso também não implica que combater os monopólios seja suficiente, por si só, para o desenvolvimento econômico. Em particular, deve ser salientado que as estruturas econômicas afetam as características estruturais da sociedade e não os dados quantitativos. Portanto, distinguir os monopólios não é uma forma muito eficaz de explicar por que, entre os países em desenvolvimento, existem diferentes graus de crescimento relativo. Para isso, há outros fatores decisivos, como o crescimento populacional, a importância e o valor relativo que o principal produto de cada país tem no mercado internacional⁹, bem como variadas configurações institucionais.

⁹ Sobre esse assunto, ver a interessante descrição de muitos níveis de crescimento alcançados pelos países da América Latina no século XIX devido à *loteria de commodities* - V. B. Thomas, *The Economic History of Latin America since Independence*, 1994, esp. p. 43, et seq.

3. A História Econômica dos Sistemas Monopolísticos Coloniais e seu Efeito Sobre o Processo de Desenvolvimento

A melhor forma de se visualizar a relação entre monopólios e subdesenvolvimento, no entanto, não é através de argumentos teóricos. A melhor demonstração está na história.¹⁰

Para alcançar o objetivo de determinar o efeito do monopólio colonial sobre o subdesenvolvimento, alguns exemplos do funcionamento das estruturas monopolistas na América Latina, na África e na Ásia devem ser analisados em três períodos históricos diferentes: (a) o período colonial; (b) o período de industrialização; e (c) o mais recente período de internacionalização econômica.

Sistemas Coloniais Monopolistas

O período colonial é longo e particularmente efervescente na história do capitalismo. Do ponto de vista econômico, dura quatro séculos, desde o início do século XVI até o final do século XIX. Ao longo destes muitos séculos, manteve-se um padrão econômico constante, como resultado da conexão com as metrópoles: a monocultura ou a agricultura de um único produto em uma área muito grande, geralmente cobrindo países inteiros, e a exploração de um único recurso natural, em ambos os casos focados nas exportações. Em conjunto com o sistema monopolista, essa estrutura econômica proporcionou a extração do maior valor econômico possível da colônia, pois o foco em um único produto reduziu os custos de exportação, impedindo as colônias de criarem um mercado interno, o que também garantiria altos lucros sobre as importações da metrópole.

¹⁰ Uma vez que não é o objetivo primário deste estudo, a descrição histórica é, de fato, sumária. Para uma descrição mais aprofundada e análise da relação histórica entre monopólios e subdesenvolvimento ver C. Salomão Filho, *Histoire critique des monopoles – une perspective juridique et économique*, 2010.

Isso leva a dizer não apenas que tais estruturas econômicas afetaram a organização social contemporânea dos países subdesenvolvidos. Também permite entender como o sistema colonial monopolista conseguiu ter uma influência tão difusa e duradoura sobre os sistemas econômicos e sociais das colônias. Isto é melhor visto por meio da descrição e comparação dos dois diferentes modos de colonização implementados nos países agora chamados subdesenvolvidos: os sistemas coloniais monopolistas público e privado.

O regime de monopólio público pode ser descrito geralmente como o modo de colonização utilizado por Portugal e Espanha durante a colonização da América Latina. Pode ser descrito como um monopólio absoluto, controlado pela metrópole, de produtos importados e exportados pela colônia. A literatura muitas vezes ignora o efeito de um controle tão rígido das metrópoles sobre as atividades econômicas das colônias ao estudar os níveis contemporâneos de desenvolvimento econômico dos países que estavam sujeitos a tais mecanismos coloniais. Algumas colônias foram formalmente proibidas de terem atividades industriais.

Para atender aos propósitos das suas metrópoles, tinham de produzir apenas produtos agrícolas e importar todos os produtos industrializados da Europa, sempre através dos canais fornecidos pela metrópole. Tais estruturas efetivamente produziram um triplo efeito de drenagem sobre a economia que impediu qualquer tipo de desenvolvimento endógeno. A compra de bens de consumo básicos estava sujeita ao monopólio da metrópole, portanto um sobrepreço monopolista era cobrado. O mercado de trabalho estava submetido à mesma estrutura de monopólio e dependia inteiramente do produto do ciclo do momento, ou seja, a mão-de-obra e o trabalho eram completamente drenados pelas estruturas existentes.

Finalmente, a terceira forma de drenagem, não havia setores dinâmicos na economia além dos setores monopolizados. Portanto, os setores foram economicamente drenados pelos monopólios (que variavam de acordo com os interesses da metrópole na exportação de produtos como açúcar, ouro, café, etc.) e a economia não ganhou autonomia ou autodeterminação.

O regime de monopólio privado implementado na Ásia era um pouco diferente do monopólio público na América Latina. Trata-se de um sistema de colonização impulsionado principalmente por interesses comerciais, não propriamente interessados em controlar toda a economia das regiões (cuja população era, aliás, significativamente maior e muito melhor organizada do ponto de vista econômico). Como resultado, a colonização ficou limitada aos produtos que seus colonizadores estavam interessados em comprar e vender.

Depois do século XVII, um sistema recém-estabelecido de privilégios reais determinou que apenas empresas detentoras de privilégios concedidos pela metrópole, como a Companhia das Índias Orientais, podiam comercializar determinados bens. No entanto, este era apenas um monopólio relativo, porque outras empresas ainda poderiam comercializar produtos não controlados pela Companhia das Índias Orientais. Houve também tolerância em relação à produção agrícola local. O comércio inter-regional de produtos que não foram considerados prioritários pelos britânicos foi tolerado, e até estimulado, como meio de gerar renda para as comunidades locais.

Considerando essas diferenças, é fácil entender por que houve menos pressão na descolonização da Ásia do que na América Latina. As potências industriais que controlavam as economias asiáticas costumavam estimular um mercado consumidor local, baseado no crescimento econômico endógeno. Em contraste, na América Latina, o sistema colonial foi estruturado para proteger produtos e mercados para as metrópoles, principalmente Portugal e Espanha, que desde meados do século XVII não faziam parte do centro dinâmico do sistema capitalista. Daí a pressão das grandes potências industriais do século XIX e início do XX para a descolonização dos países latino-americanos, com o objetivo de permitir a criação de novos mercados de consumo, abertos às grandes potências industriais e independentes das metrópoles.

A comparação entre a América Latina e a Ásia no período colonial revela abordagens muito diferentes da economia de exportação. Na América Latina, a economia de exportação é estritamente monopolizada. O monopólio absoluto de exportação é, na verdade, o principal elemento do processo de colonização. Sob suas sombras, nada floresce; nem o mercado consumidor,

nem qualquer setor econômico complementar, que permaneçam continuamente centrados nas atividades de subsistência e dependentes do grande empreendedorismo exportador. Também a força de trabalho (escravos) não é pago um salário e, portanto, não há criação de renda nas colônias. O trabalho escravo ou semiescravo usado na América Latina durante os tempos coloniais garantiu que nenhum poder endógeno de demanda pudesse ser criado internamente nas colônias.

Na Ásia, a paisagem era significativamente distinta. A colonização foi impulsionada por grandes empresas comerciais, cuja preocupação com a exploração dos recursos locais foi seguida pelo interesse em desenvolver um mercado de consumo local. Como resultado, a pequena empresa agrícola foi estimulada e o comércio inter-regional foi tolerado. O dinamismo econômico autônomo foi tolerado desde o início.

Essas características econômicas, herdadas do período colonial, ajudam a explicar parcialmente por que certas economias asiáticas obtiveram melhores resultados em termos de crescimento econômico baseado nas exportações do que os países latino-americanos no final do século XX e início do século XXI.

Por outro lado, este sistema mais liberal de colonização que prevaleceu na Ásia também levou a taxas muito mais altas de pobreza rural se comparadas com a América Latina. A devastadora fome do século XX na Ásia, tão bem descrita e analisada por Sen como consequência da ausência de direitos¹¹, é, na verdade, um subproduto desse padrão de colonização que se concentrou apenas em produtos de exportação valiosos e "esqueceu" da população que não estava dedicada à sua produção.

Na América Latina, por outro lado, a pobreza seguiu de perto as principais atividades econômicas. Enquanto a produção era principalmente agrícola, a pobreza permaneceu principalmente um fenômeno rural. Quando a dinâmica mudou para o setor industrial na segunda metade do século XX, a

¹¹ Ver A. Sen, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, 1982.

pobreza mudou rapidamente para ser um fenômeno urbano¹². Esse estreito vínculo entre estrutura social e econômica é profundamente influenciado pelas estruturas econômicas criadas durante a época colonial que, como observado anteriormente, gerou uma grande dependência de toda a economia e da força de trabalho das suas atividades.

O Período de Industrialização

A industrialização da maior parte das antigas colônias está relacionada ao processo de descolonização. Na América Latina, esse processo ocorreu com maior clareza, com a maioria dos países tornando-se independente até o final do século XIX e a industrialização ocorrendo algumas décadas depois. Na Ásia, o processo de industrialização aconteceu em períodos diferentes, pois os países mantiveram diferentes graus de dependência política das principais potências econômicas ao longo dos séculos XIX e XX. No entanto, a maior parte do processo de descolonização ocorreu após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Apesar de tais diferenças significativas, é possível identificar certos elementos comuns. Para a maioria dos países, o processo de descolonização foi cuidadosamente adaptado, a fim de evitar qualquer ruptura no equilíbrio das forças econômicas que apoiavam a antiga ordem colonial. Para a maioria dos países, foi um processo de independência na esfera política, mas não um processo de transformação econômica. Apesar de alguns conflitos internos à elite econômica, o grupo econômico mais poderoso permanece aquele relacionado com os produtos de exportação mais relevantes, como ocorreu no período colonial.

Se, antes mesmo da descolonização, essa elite econômica manteve o poder em razão de sua estreita relação com a metrópole, depois da

¹² Ver C. Salomão Filho, B. Ferrão e I. C. Ribeiro, Concentração, estruturas e desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda, cit., onde a relação entre as estruturas econômicas e a pobreza no Brasil durante os tempos coloniais é econometricamente analisada.

independência, é a relação com o governo que mantém a concentração de poder econômico. A simbiose entre monopólios privados e poder político é uma consequência natural das relações que criaram esses estados-nação a partir das antigas colônias. Nos estados independentes, o aparato burocrático é desenvolvido para servir a uma estrutura monopolista já estabelecida que inclui desde agentes privados locais (grandes companhias coloniais ou senhores de terra concessionários de direito de exploração de recursos naturais) até o monopólio comercial da metrópole (ou, no caso asiático, as companhias coloniais detentoras de privilégios comerciais garantidos pela metrópole). Líderes políticos das colônias necessitavam do apoio dos grupos detentores de poder econômico de seus países, e, em contrapartida, garantiam a manutenção de seus privilégios comerciais e econômicos.

Como resultado, o processo de independência é um processo pelo qual os grupos detentores de poder econômico também ganharam independência, e aprenderam a moldar as estruturas econômicas e políticas para seu benefício, sem estarem mais conectados com a metrópole e sem dependerem dela para tomar decisões. É por isso que é possível falar em uma conexão entre descolonização e industrialização. Por mais que não tenham sido eventos simultâneos ou diretamente conectados, foi apenas depois da independência que as estruturas econômicas internas dominantes puderam fazer escolhas segundo seus interesses e decidir, quando necessário, investir seu capital e energia em um processo de industrialização.

Na América Latina, os monopólios simplesmente mudaram de produtos agrícolas para produtos industrializados, mantendo outros setores econômicos e até mesmo o governo sob o seu controle. Os setores exportadores continuam a depender dos preços de commodities; não havendo nenhum círculo virtuoso de geração de renda e de investimento. Mesmo quando isto acontecia, seus efeitos isolados nos setores de exportação não criavam renda relevante em outros setores, devido ao efeito de drenagem inter-setorial dos monopólios, como explicado na seção anterior. Como consequência, havia pouquíssimo estímulo para formação de um mercado consumidor como resultado da industrialização.

Na Ásia, o processo de descolonização levou, no geral, mais tempo para ocorrer. No entanto, a maior liberdade de setores econômicos não diretamente ligados a monopólios exportadores e a importância para o processo econômico interno comparativamente menor de monopólios criaram uma melhor estrutura para o desenvolvimento econômico. Além disso, as grandes companhias agrícolas estabelecidas na região durante o século XIX não eram percebidas como sendo associadas aos interesses nacionais que levaram à independência. Como resultado, após a independência, governos asiáticos possuíam maior autonomia de uma elite econômica do que governos latino americanos, além de terem mais poder para organizar a industrialização e distribuir terras. Como esperado, os governos levaram tempo para exercer essa liberdade, em razão do peso da herança colonial, e particularmente dos mecanismos implementados pelos detentores de poder colonial para controlar esses países, como o reforço da estratificação social e estímulo de rivalidades internas. Os níveis de pobreza eram, contudo, mais altos na Ásia devido à grande porção de população rural negligenciada, uma consequência do sistema de monopólio privado da colonização asiática. Essa característica é, ainda hoje, uma barreira substancial para o desenvolvimento sustentável de países como Índia e China.

Internacionalização das Estruturas Monopolistas

Não é possível compreender plenamente o movimento de internacionalização econômica (ou globalização) sem entender a evolução das estruturas monopolistas. A história recente do capitalismo demonstra que, do ponto de vista de empresas engajadas na produção de bens e serviços, a expansão geográfica é um desenvolvimento natural. Com o tempo, os lucros tendem a diminuir em regiões de maior desenvolvimento industrial e tecnológico, como resultado da grande concorrência entre as companhias. Consequentemente, essas empresas precisam buscar novos mercados, nos quais a competição não é tão feroz e lucros monopolistas ainda podem ser extraídos. Esta expansão global baseada na criação de novos monopólios em países em

desenvolvimento gera quatro efeitos bastante negativos: (i) a elevação das taxas de desemprego e das desigualdades sociais; (ii) o rompimento da rede de proteção dos serviços públicos; (iii) o esgotamento de recursos naturais; (iv) e o aumento do domínio tecnológico e do poder das estruturas monopolistas que controlam essas tecnologias. A novidade é que esses efeitos são produzidos ao redor do mundo, tanto nos países em desenvolvimento quanto em países desenvolvidos. Há, portanto, não só uma globalização econômica, mas uma globalização de problemas sociais.

A expansão de empresas para novos mercados é parcialmente justificada pelo menor custo da mão de obra nos países em desenvolvimento. Isto cria desemprego nos países desenvolvidos. Este processo é acompanhado por amplas fusões e aquisições que geram desemprego, mesmo nos países em desenvolvimento para onde as produções foram transferidas, e aumentam o poder de mercado dos monopólios. Consequentemente, é mais fácil drenar recursos do mercado de trabalho por meio do desemprego criado pelas grandes fusões ou pelo deslocamento das empresas, e não mais diminuindo salários (como ocorrido no início da era industrial).

A expansão das estruturas monopolistas dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento também levou à substituição de muitos serviços públicos por serviços privados. O conceito de monopólio natural é ampliado, justificando o processo de privatização dos serviços públicos tradicionalmente geridos pelos governos. Como resultado, um dos elementos do efeito de tripla drenagem, a concentração inter-industrial, é expandida e sofisticada nesta nova fase internacional, se comparada com os momentos colonial e industrial anteriores. As estruturas monopolistas se expandem aos chamados novos setores dinâmicos. A drenagem inter-industrial não é mais resultado de uma drenagem de recursos advindos de outros setores econômicos, mas também e, principalmente, da expansão do poder de monopólio para novos setores, como serviços públicos originalmente oferecidos pelo governo. A rede de proteção social de serviços públicos como saúde, saneamento, energia e distribuição de água se reduz ou até mesmo, em alguns casos, desaparece e os efeitos de desequilíbrios econômicos se multiplicam.

As mesmas razões que conduziram à internacionalização dos monopólios levaram, também, ao uso predatório do meio ambiente. O objetivo de reduzir custos, que já havia levado empresas aos países em desenvolvimento em busca de mão de obra barata, também levou essas empresas a adotarem uma menor proteção do meio ambiente em países pobres como forma de cortar gastos. Essa exploração predatória de recursos naturais foi inicialmente compreendida pelos países em desenvolvimento como um meio de alcançar um crescimento econômico rápido e de ganhar acesso aos mercados globais. Os custos deste uso predatório de recursos, entretanto, não têm efeitos tão imediatos. Essas práticas predatórias levam tempo para demonstrar toda a sua força, e elas certamente levam ainda mais tempo para desaparecer. Foram necessários apenas alguns anos para que muitos países em desenvolvimento percebessem que o ônus era muito maior do que os benefícios gerados e que os custos ambientais permanecerão, enquanto muitas das empresas que os provocaram seguirão movimentando-se para outros lugares.

Por fim, a internacionalização dos monopólios aprofunda o seu domínio geral sobre a tecnologia e a informação, particularmente considerando o efeito de uma rede global que se torna possível com as novas tecnologias de informação, criando condições materiais para os monopólios antes inimagináveis. Este processo produz dois efeitos importantes. Primeiro, torna-se mais difícil disciplinar ou regular o comportamento de tais estruturas. Seu caráter internacional e a natureza cambiante das tecnologias (que podem mudar completamente em poucos anos) tornam a sua existência mais líquida¹³ e difícil de controlar. Em segundo lugar, o seu domínio tecnológico permite que os padrões de consumo sejam ainda mais determinados. O domínio tecnológico permite às empresas que criem gostos e usos para seus novos produtos e tecnologias. Consequentemente, o último elemento do efeito de tripla de drenagem, a extração de lucros anormais do consumo, é expandida.

¹³ O termo líquido aplicado às sociedades modernas e a seus componentes foi usado da maneira mais influente por Z. Bauman, *Liquid Modernity*, 200. O autor menciona entre as características dessa modernidade exatamente o caráter "líquido" das empresas e tecnologias modernas.

É importante notar que, como resultado do processo de internacionalização, os efeitos negativos das estruturas monopolistas (o efeito triplo de drenagem) também alcançam o chamado mundo desenvolvido. Desemprego, domínio dos serviços públicos por monopólios privados e consumismo são traços comuns por todo o mundo. Uso predatório do meio ambiente é um problema grave e difundido. Soluções estruturais, portanto, não são apenas necessárias em relação aos países subdesenvolvidos, mas também ao sistema capitalista como um todo.

4. Resultados Econômicos Vs. Valores Jurídicos

Resultados econômicos como diretrizes jurídicas

A crítica à fundamentação simplista da racionalidade do direito antitruste não é e nem pode ser exclusivamente interna e empírica (histórica). Não apenas a subestimação da importância das estruturas econômicas para a sociedade como um todo deve ser criticada (como demonstrado por meio de vários exemplos no item anterior), como também a busca por resultados econômicos deve ser considerada com algumas reservas.

O problema não é a busca por esses resultados, mas sim a crença de que esses resultados podem ser antecipados corretamente. Neste ponto, é útil revisitar a clássica discussão a respeito da possibilidade (ou não) de se teorizar o conhecimento econômico. O passo inicial para essa discussão foi dado pelos estudos de Hayek em economia e informação. Para ele, muitas das construções neoclássicas a respeito de equilíbrio são, na verdade, tautológicas, ou seja, meros resultados de pressuposições que serviram de ponto de partida¹⁴.

O equilíbrio de mercado (e não apenas um equilíbrio individual) existiria apenas se as expectativas individuais correspondessem aos dados reais. Esta correspondência, porém, existiria apenas se a informação fosse

¹⁴ A melhor formulação da crítica está no artigo original de F. Hayek em “Economics and Knowledge”, em *Economica – New Series*, 4(13), Fevereiro de 1937, p. 33, *et seq.*

transmitida entre agentes de mercado. Note-se que esta afirmação implica uma rejeição de algo que Hayek viria a dizer anos depois. O preço não podem ser o fator de transmissão de informação porque são um produto da informação, e não o seu criador¹⁵. Em outras palavras, afirmar que o preço é uma forma de resolver um problema de informação é retornar à tautologia. Com efeito, o preço só é considerado um transmissor de informação em um mercado em equilíbrio ou tendendo ao equilíbrio (no qual o preço, portanto, não pode ser necessário para alcançá-lo).

O mesmo pode ser dito em diferentes palavras. Para que preço seja um transmissor de informação perfeito, as avaliações de todos os envolvidos (avaliações que fazem o preço) sobre o uso, o valor relativo e a utilidade dos produtos deveriam convergir e aderir à realidade. O fato é que, nesta situação, o equilíbrio já teria sido alcançado. A correta transmissão de informação através do preço é, por conseguinte, uma consequência e não a causa do equilíbrio.

Mais recentemente, essas afirmações foram confirmadas por pesquisas feitas por teóricos de economia da informação. Esses modelos mostram que a informação é intrinsecamente mal distribuída para a maioria dos mercados, o que, em muitos casos, torna seu funcionamento pura e simplesmente impossível¹⁶.

Sendo assim, a grande dificuldade está nos meios de se transmitir informação. A busca por respostas, aqui discutidas a partir das conclusões da economia da informação, deve ser mais realista: a questão não é acreditar ou procurar por uma forma perfeita de distribuir informação, mas sim de fazer exatamente o oposto, de verificar que a informação é imperfeitamente distribuída e que, ainda que desigualmente, está distribuída e difundida entre os indivíduos.

¹⁵ Essa afirmação seria feita por Hayek em um artigo posterior que é mais conhecido, ainda que teoricamente menos consistente, chamado "The Use of Knowledge in Society", em *American Economic Review*, xxxv(4), setembro de 1945, p. 519, *et seq.* Neste último artigo, Hayek já é influenciado por premissas fortemente ideológicas que marcarão o resto de sua vida acadêmica e serão responsáveis por sua decadência.

¹⁶ O artigo mais influente neste ponto de saída da economia da informação moderna é G. Akerloff, "The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", em *Quarterly Journal of Economics*, 89, 1970, p. 488.

Não há e não pode haver, assim, uma perfeita correspondência entre expectativas subjetivas e dados objetivos. Não há e não pode haver, assim, equilíbrio. O que pode existir e, de fato, existe é um constante estado de atrito e contraste entre expectativas e realidade que leva a uma também constante mudança de expectativas.

Evidentemente, o objetivo passa a ser, aqui, o que pode ser encontrado como constante e não relativo. O que se quer dizer é que há algo que embasa as decisões individuais. Este algo que ajuda os indivíduos a fazer previsões de possíveis padrões de comportamento são as estruturas econômicas existentes, que constituem o único elemento indicativo de como o mercado funciona.

Há uma razão bastante simples para tanto. Hoje há um consenso teórico em torno do fato de ser possível prever padrões de comportamento em algumas estruturas econômicas. A racionalidade monopolista ou oligopolista é bastante conhecida e não surge necessariamente de predefinições de situações de equilíbrio. Ela simplesmente vem do fato de que não há poder econômico que não seja exercido – uma vez que isso implicaria negar a situação de poder.

Com o equilíbrio sendo inatingível e a informação sendo rara e mal distribuída, não se deve supor que qualquer regulação ou disciplina legal que foque em resultado não é digna de confiança. Nesse sentido, o seu uso como parâmetro para aplicação do direito antitruste, ou de qualquer outro ramo do direito econômico, não pode ter uma justificativa técnica, pois é uma decisão de política econômica no meio de tantas outras possíveis.

A abordagem jurídica: direito econômico como um modelo de procedimento econômico

As considerações acima levam a uma conclusão interessante. Por um lado, as estruturas econômicas, isto é, os centros do poder econômico, são dados relevantes para a compreensão e correção do funcionamento da economia,

pois representam características importantes no processo de subdesenvolvimento. Por outro lado, essas estruturas permitem que agentes e reguladores façam algumas pressuposições a respeito do provável comportamento dos agentes econômicos.

O que ainda não foi definido é o tipo de instrumento jurídico que pode ser utilizado para corrigir a orientação e o comportamento dessas estruturas. Como vimos, os instrumentos econômicos são de pouca utilidade, pois não fornecem resultados econômicos concretos suscetíveis de verificação empírica. Entretanto, um obstáculo colocado ao uso de instrumentos jurídicos é a aparente dificuldade em aplicar diretrizes em matéria de política social à esfera econômica. Por muitos anos, as decisões que afetam a ordem econômica foram deixadas principalmente às teorias econômicas para as quais a discussão sobre valores é pouco habitual. É tempo, portanto, para uma teoria jurídica do comportamento econômico.

Juristas enxergam o conhecimento de maneira diferente dos cientistas sociais. Enquanto o conhecimento nas ciências sociais é algo eminentemente empírico, seja teórico, como percebido por marxistas dogmáticos e estudiosos da escola neoclássica, ou prático, como em Hayek, para os juristas, o conhecimento deve ser algo construído em torno de valores¹⁷.

O momento de abordar os valores, se bem compreendido e usado, é precisamente o que dá ao direito o seu caráter distintivo e a sua capacidade para mudança social. De acordo com o conceito aqui definido, a mudança político-institucional só é possível através de uma profunda discussão política de valores protegidos pela norma. A força transformadora e propulsora do direito está no fato de que, mais do que uma forma de definir valores, ele pode ser utilizado como instrumento de conhecimento para a sociedade. Postular que o conhecimento está relacionado a um valor nada mais é do que afirmar que os valores de certa sociedade podem influenciar – e, de fato, influenciam – de maneira determinante o conhecimento que temos sobre ela.

¹⁷ Ver, sobre este tema, de E. J. Mestacker, “Markt, Recht, Wirtschaftsverfassung”, em *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 137, 1973, p. 101.

Essa relação entre valor e conhecimento em uma sociedade é relativamente clara no campo econômico. Proteger a concorrência e permitir escolhas, por exemplo, possibilita a descoberta da real utilidade dos produtos e de melhores escolhas aos consumidores. O valor da concorrência, portanto, influencia a realidade, permitindo que os indivíduos tenham maior acesso a conhecimento e escolha.

Uma vez generalizada, esta afirmação da força cognitiva do direito implica uma transformação do próprio direito econômico. É uma transformação necessária, pois o direito tem importante um papel cognitivo. Um sistema jurídico, antes de disciplinar o funcionamento de uma sociedade, deve permitir que a sociedade conheça a si mesma.

Em um sistema jurídico assim concebido, normas jurídicas no campo econômico necessariamente alteram sua natureza. Não é mais possível admitir que existem apenas, por um lado, regras que protegem direitos econômicos individuais e, por outro, apenas normas-objetivo, definindo metas e escopos do processo econômico. Um exemplo do primeiro, o direito de propriedade (como tipicamente reconhecido em um estado capitalista) é insuficiente para atingir as necessidades da sociedade como um todo, tal como atualmente existe. Já os últimos (normas objetivo), fortemente dependentes de uma mediação de interesses que são, por vezes, ideologicamente opostos (no caso, por exemplo, os princípios de livre iniciativa e da justiça social), muitas vezes carecem de aplicação prática.

Impõe-se, portanto, reconhecer normas que incorporem valores, permitindo aos indivíduos e à sociedade adquirir conhecimento sobre ela própria e sobre os objetivos e valores fundamentais das normas econômicas, como visto acima. Isto só pode ser feito por meio de normas que garantam o equilíbrio nas interações econômicas, uma vez que, como dito, são nessas interações (e não antes delas) em que os indivíduos podem fornecer uns aos outros informação a respeito de suas necessidades e usos.

Sendo assim, não deve ser uma surpresa que essa espécie de norma seja também instrumental para o funcionamento adequado dos sistemas econômico e social. Quando o equilíbrio das interações econômicas é

assegurado, indivíduos ou grupos sociais vão “descobrir” suas preferências econômicas. Dessa forma, essas regras têm de assumir um caráter claramente procedimental, de verdadeiro *devido processo* na esfera econômica¹⁸.

Regras definidas sob esses parâmetros contêm valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, elas não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e segurança aos cidadãos, elas permitem o experimentalismo social e institucional. O direito assim estabelecido leva “à” e não deriva “da” solução mais justa. É um sistema mais seguro e mais flexível, na medida em que permite a sua própria melhoria.

É importante notar que essa regra tem um caráter muito específico. Não basta garantir a retidão dos procedimentos. É fundamental garantir equilíbrio entre as partes não apenas no processo legal, mas também nos processos econômicos.

Assim entendida, a regra do devido processo em economia é a base para princípios redistributivos explícitos no âmbito regulatório, como, por exemplo, a universalização de serviços de interesse público. Para que o

¹⁸ Neste ponto, uma analogia pode ser feita com o raciocínio das linhas mais progressistas de pensamento do realismo judicial, que, quando encaram o problema do embasamento da norma legal, sugerem uma regra procedimental que leva a uma solução judicial justa, e não a uma regra material que não escaparia de discussões políticas e ideológicas. Note-se que, na linha realista, o pensamento procedimental é tão acentuado que não lhe é dado o devido valor quando a discussão é a respeito das melhores instituições para aplicá-lo. Isso é o que acontece com as duas linhas mais importantes – a da Escola de Yale e a da Escola de Harvard. A primeira vê na atividade do sistema judiciário avaliações políticas de interesses opostos, e retoma, assim, antigas ideias do interesse da jurisprudência (veja H. Susswell e M. McDougal, ‘Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest’, em *Yale Law Journal*, 52, 1943; veja também B. Ackerman, *Reconstructing American Law*, 1984). A Escola de Harvard, que é mais original, centraliza a discussão do direito na discussão de qual instituição é mais apta a aplicá-lo (veja H. Hart and A. Sacks, *The Legal Process*, 1958). Mais recentemente, unindo os conceitos das duas escolas descritos, a escola de realismo progressista questiona de que maneira as decisões judiciais podem influenciar as esferas pública e privada que têm poder, melhorando-as (veja O. Fiss, ‘The Social and Political Foundations of Adjudication’, in *Law and Human Behaviour*, 6, 1982, p. 121, *et seq.*) Esse método procedimental aborda também a lógica desenvolvida por J. Habermas no campo político, que situa um procedimento mínimo (‘prozeduralistisches Minimum’) no centro da democracia, sem o qual esta não pode existir. Neste procedimento mínimo, evidentemente influenciado pelo liberalismo individualista que caracteriza a fase mais recente de seu trabalho científico, está incluído o princípio da igual e ampla participação de todos os cidadãos (Faktizität und Geltung- Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1998, p. 368). Note-se que o procedimentalismo no campo econômico é muito diferente do campo político, na medida em que, enquanto igual participação pode ser apenas um elemento formal para o segundo, qualquer ideia procedimental no primeiro depende, para manter um nível mínimo de efetividade, de um reequilíbrio real de forças, i.e., de medidas efetivas de redistribuição.

princípio seja verdadeiramente efetivo, é necessário que se inclua uma multidão de cidadãos que vêm sendo alijados do processo econômico. Como bem definido na teoria do devido processo legal, a regra implica ampla participação no processo. Essa ideia pode e deve ser estendida às relações e procedimentos econômicos.

Escolhas efetivas e acesso à informação para todos são, assim, o centro do direito econômico. Na sua aplicação, o estado deve agir energicamente para assegurar a existência de escolha¹⁹.

Confrontando-se com uma tal definição do direito, com todas as suas implicações diretas para campos como antitruste e direito regulatório, não é de surpreender que essa teoria se oponha à abordagem neoclássica. O modelo neoclássico presume que é possível saber a utilidade, para cada consumidor, de todo produto antes mesmo que o produto seja usado, isto é, que o produto é comprado porque tem utilidade, ao invés de ter utilidade por ter sido comprado.

De acordo com a teoria aqui descrita, esta última afirmação – e não a primeira – está correta. Parece bastante óbvio, e é exatamente isso que significa dizer que o processo econômico é um processo de descoberta, que quanto mais produtos alternativos o consumidor puder examinar e descartar, mais suas escolhas são bem informadas relativamente às suas preferências.

Assim, se não há alternativa de escolha de um produto, não é possível saber quanta utilidade a alternativa não escolhida traria para o consumidor. E mesmo que a alternativa exista, só é possível saber o nível de utilidade para o consumidor quando a alternativa é escolhida.²⁰

¹⁹ Essa posição intervencionista na concorrência, enquanto institucional e procedimental, pode ser considerada supra-ideológica. A experiência histórica corrobora esse ponto de vista. Muito do consenso em torno do modelo alemão de capitalismo social do pós guerra é atribuído ao consenso político-ideológico formado em torno de ideias comuns em concorrência e intervencionismo estatal alcançados por meio do direito antitruste. Foi na luta contra os monopólios que os socialistas democráticos alemães identificaram o elemento social no direito antitruste. (veja J. Gotthold, 'Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie – kritische Bemerkungen zur neo-liberalen Theorie der Wettbewerbspolitik', em *ZHR*, 145, 1981, p. 286).

²⁰ Veja F. Denozza, que, confrontado com essa questão, desvela uma falha na teoria neoclássica e conclui: "In un impostazione che pone al centro i desideri del singolo individuo e l'utilità (o i dollari) che il singolo guadagnerà in conseguenza di certe decisioni, il valore delle cose non può essere stabilito a priori (è ben noto che esistono impostazioni diverse, le teorie c.d. oggettive del

Essa premissa teórica é aceita pela própria nova economia institucional (que não representa uma total ruptura com a tradição neoclássica). A racionalidade limitada e conduta oportunista fazem com que a utilidade seja ainda mais incerta e dependente de verificação empírica.²¹

Sendo assim, o único instrumento capaz de satisfazer as necessidades dos consumidores por informação é a existência de alternativas. Somente um sistema econômico baseado em alternativas é sensível às variações dos gostos dos consumidores e pode se transformar em resposta a essas variações. Somente a existência de acesso a escolhas e alternativas é capaz de satisfazer o grande vácuo de informação causado pelo mercado.

A possibilidade de escolha tem um valor social que não pode ser negado e precisa necessariamente ser reconhecido pelo direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente conduz a esse resultado. É nesse ponto em que o estado deve interferir, assegurando aquela (a possibilidade de escolha) e não este (o mercado).

5. Uma Alternativa: estruturalismo jurídico e organização social

Essa concepção procedimental do funcionamento da esfera econômica demanda não apenas uma redefinição não do direito antitruste, do direito regulatório e do direito econômico, mas também da própria noção de direito. É esta noção que, a partir daqui, será referida como “uma conceito neo-estruturalista de direito”.

valore, come la marxiana teoria del valore lavoro, ma è altrettanto noto che essi conducono verso lidi assai lontani da quelli prediletti della scuola di pensiero in esame) – ‘Chicago, l'efficienza e il diritto antitruste’, em *Giurisprudenza Commerciale I*, 1988, p. 23.

²¹ Os representantes mais progressistas da escola da nova economia institucional já aceitam a dificuldade e até a impossibilidade de se estabelecer valores a partir de regras econômicas, admitindo que valores culturais e morais têm grande influência no comportamento e nas instituições econômicas para impedir esse tipo de presunção. Essa tendência é particularmente enfatizada na Escola Nórdica da nova economia institucional (veja T. Eggertsson, ‘The Economics of Control and the Costs of Property Rights’, em *Rights to Nature – Ecological, Economic, Cultural and Political Principles of Institutions for the Environment*, p. 157 (167); A. Sen, ‘Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory’, em *Choice, Welfare and Measurement*, cit., pp. 84–106).

Na abordagem neo-estrutural, o direito antitruste, o direito das patentes e até o direito de propriedade não impõem um resultado ou um resultado econômico, mas asseguram que a relação entre as partes seja justa e que as alternativas efetivamente existam, não sendo substituídas pela lei do mais forte (estrutura econômica) que é típica dos mercados livres. Dessa forma, o direito objetiva assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e discipline as relações econômicas da maneira mais justa e equilibrada possível.

O efeito último dessa teoria é que o poder econômico deve ser substituído como o elemento mais importante para a organização de relações econômicas. Um direito que busque prover escolhas e acesso à informação deve substituir o poder como elemento organizador.

Esta não é uma tarefa fácil. O poder econômico não está apenas enraizado nas estruturas econômicas existentes, mas também nas relações econômicas existentes. As relações são definidas e organizadas com base no exercício de poder.

O direito deve enfrentar o desafio de reaver o controle das relações sociais. Para fazer isto, uma análise jurídica deve se libertar do positivismo jurídico e ser capaz de propor uma abordagem estrutural das relações econômicas.

Já não é mais possível confiar apenas em medidas compensatórias para os grupos prejudicados pelas atividades econômicas de grupos monopolistas. As instituições jurídicas com características compensatórias, como o direito do trabalho ou o direito do consumidor, são instrumentos úteis, mas claramente insuficientes para disciplinar os efeitos dos monopólios e para prevenir o que é descrito aqui como a “tripla drenagem” dos mercados consumidor, de trabalho e “inter-industrial”. Em sociedades monopolizadas, mecanismos compensatórios tornaram-se praticamente inúteis por duas razões: (i) não é possível implementar políticas públicas através de mecanismos legais, uma vez que medidas compensatórias são implementadas por meio de decisões judiciais individuais, entre as quais não há coordenação e coerência; e (ii) é difícil atingir transformação econômica, pois compensações

ad hoc sempre serão insuficientes para superar desigualdades reiteradamente criadas pelas estruturas econômicas concentradas.

As soluções baseadas no estruturalismo jurídico, que se concentram em uma profunda revisão do funcionamento do sistema econômico, exigem também que alguns conceitos jurídicos básicos, tais como os direitos de propriedade, a propriedade intelectual e a regulação, sejam revisitados de forma criativa. São exemplos de como estas soluções estruturais poderiam ser conduzidas os desenvolvimentos da teoria dos bens comuns, o pensamento criativo a respeito de patentes de bens socialmente essenciais e o seu licenciamento obrigatório em prol do interesse público, e uma nova regulação do mercado de capitais conduzindo à existência de menos mercados (somente aqueles em que o fluxo e a compreensão da informação sejam possíveis).

Que significado de direito está sendo sugerido? Que estruturas e qual disciplina de relações econômicas permitem o acesso a escolhas individuais e sociais? É hora de resumir o que chamado até agora de (neo) estruturalismo jurídico.

Evidentemente, uma resposta adequada só pode ser formulada se o conteúdo do direito e sua interpretação forem propriamente analisados. Por ora, duas características e duas consequências destas características podem ser mencionadas.

Por um lado, deve ficar claro que o estruturalismo jurídico, ao contrário do estruturalismo econômico, não confia na produção de resultados econômicos predefinidos. Consequentemente, não é viável estabelecer, como proposto pela linha de pensamento estruturalista de Harvard da década de 1960, um modelo de estrutura-conduta-desempenho. O estudo de estruturas não tem como objetivo assegurar resultados, mas sim o acesso de todos à informação e às escolhas. Consequentemente, o estudo estrutural do poder econômico se concentrará em garantir escolhas e a inclusão de pessoas (ou seja, o acesso ao conhecimento econômico), e não em modelos predeterminados de dimensão empresarial ou diluição econômica.

Daqui deriva uma outra característica muito importante para o próprio conceito de direito. As soluções jurídicas tendem a ser vistas principalmente como compensatórias. Sendo o conceito de justiça tão relativo e difícil de se definir de forma transcendental,²² o direito sempre se inclinou por medidas compensatórias. Assim, não interfere no processo social e econômico como tal; apenas compensa grupos de indivíduos que são prejudicados. Este é o caso do direito do consumidor e do direito do trabalho, para não falar em questões ordinárias de direito privado, nas quais a compensação é pensada casuisticamente.

A abordagem neo-estrutural propõe algo completamente diferente. O direito não é feito para compensar indivíduos ou grupos de indivíduos. Seu propósito é, na verdade, organizar o funcionamento da sociedade. Na arena econômica, isto quer dizer ser capaz de intervir em estruturas de poder para criar escolhas e inclusão para os indivíduos. Esta intervenção também tem seus limites. Não é o escopo do direito determinar os resultados do processo econômico. Mas ele também pode proteger valores (escolha e inclusão) que são instrumentais para a construção de um devido processo econômico.

Tal abordagem tem profundas consequências para o tratamento do poder econômico. Se a escolha e o acesso à informação são valores a serem perseguidos em uma variedade de campos, e não apenas nos mercados, então os instrumentos teóricos do direito antitruste já não são mais suficientes.

Por um lado, é necessário compreender as diferentes consequências do poder econômico nas áreas econômica e social. Esses efeitos devem ser identificados e tratados separadamente, de acordo com as diferentes fontes de poder econômico. Posições de poder econômico podem ser criadas a partir de diferentes fontes, e não apenas por dinâmicas de mercado. Podem ser produto de (i) relações de mercado, assim como (ii) do direito, como, por exemplo, as exclusividades garantidas pela lei (direito de patente), ou até (iii) das relações sociais, através da dominação de recursos naturais ou de bens comuns. A expressão “relações sociais” deve ser bem compreendida. Ela é utilizada em oposição às relações de mercado, uma vez que os bens em

²² Esta é a crítica mais contundente feita por Sen a Rawls. Veja A. Sen, *The Idea of Justice*, 2009.

questão são tão relevantes para a sociedade em geral que sua concentração em um único indivíduo ou empresa não pode ser discutida em uma chave econômica ou jurídica tradicional, mas sim com uma metodologia de inclusão de interesse compatível com a sua relevância social.

Dessa forma, do ponto de vista da fonte de poder, o poder econômico originado das relações sociais pode ser melhor compreendido. Em oposição às duas primeiras fontes, este se refere a uma estrutura de poder de mercado baseada não em uma posição conquistada no mercado ou através de uma concessão jurídica, mas sim na posse de um bem com imensa relevância social para grupos ou comunidades ou até (em alguns casos) para toda a sobrevivência da espécie.

Em todas estas áreas, o poder econômico deve ser enfrentado tendo-se em mente que ele é mais complexo do que uma relação consumidor-produtor. Ele afeta uma série de outras relações e interesses (trabalhadores, comunidades afetadas pela atividade empresarial, meio ambiente, etc.).

Essas diferentes fontes do poder econômico e seus diversos efeitos requerem a aplicação de diferentes esquemas conceituais para a sua compreensão e diferentes métodos para sua regulação. Mas também deve-se ter em mente (e essa talvez seja uma das principais conclusões do presente texto) que essas diferentes fontes de poder criam estruturas de poder com importantes pontos em comum que, como visto acima, devem orientar o seu tratamento jurídico e justificar a própria elaboração de uma teoria jurídica do poder econômico. Todas essas fontes produzem um triplo efeito de drenagem na economia e na sociedade, que vão muito além da relação consumidor-produtor. Elas também demandam uma intervenção que não é compensatória, mas sim direcionada a eliminar ou restringir seriamente as próprias fontes de poder que criam essas distorções sociais e econômicas.

Referências:

- A. SEN, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, 1982.
- A. SEN, 'Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory', in: *Choice, Welfare and Measurement*, 1997.
- A. SEN, *The Idea of Justice*, 2009.
- "Bolsa Família do Brasil", *The Economist*, 31 de julho de 2010.
- B. ACKERMAN, *Reconstructing American Law*, 1984.
- C. SALOMÃO FILHO; B. Ferrão; I. C. Ribeiro, *Concentração, estruturas e desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda*, 2009.
- C. SALOMÃO FILHO, *Histoire critique des monopoles – une perspective juridique et économique*, 2010.
- D. DENOON, *Settler Capitalism: The Dynamics of Dependent Development in the Southern Hemisphere*, 1983.
- E. J. MESTACKER, "Markt, Recht, Wirtschaftsverfassung", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 137, 1973.
- F. DENOZZA, 'Chicago, l'efficienza e il diritto antitruste', em *Giurisprudenza Commerciale I*, 1988.
- F. HAYEK, "Economics and Knowledge", *Economica – New Series*, 4(13), Fevereiro de 1937.
- F. HAYEK, "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, xxxv(4), setembro de 1945.

“Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento da distribuição de renda”, Comunicado no. 75, Comunicados do IPEA, fevereiro de 2011, disponível em português em www.ipea.gov.br.

G. AKERLOFF, “The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 89, 1970.

G. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, 1976.

H. HART; A. Sacks, *The Legal Process*, 1958.

H. SASSWELL; M. MCDUGAL, “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *Yale Law Journal*, 52, 1943.

J. GOTTHOLD, “Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie – kritische Bemerkungen zur neo-liberalen Theorie der Wettbewerbspolitik”, *ZHR*, 145, 1981.

J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung- Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1998.

J. LOVE, ‘Economic Ideas and Ideologies in Latin America since 1930’, *Cambridge History of Latin America*, vol. VI, 1, 1994.

J. WILLIAMSON, ‘Land, Labor and Globalization in the Third World, 1870–1940’, *The Journal of Economic History*, 62(1), março, 2002.

J. WILLIAMSON, “Globalization, Convergence and History”, *The Journal of Economic History*, 56(2), Junho, 1996.

O. FISS, ‘The Social and Political Foundations of Adjudication’, in *Law and Human Behaviour*, 6, 1982.

K. POLANYI, *The Great Transformation*, 1957.

T. EGGERTSSON, “The Economics of Control and the Costs of Property Right”, em Rights to Nature – Ecological, Economic, Cultural and Political Principles of Institutions for the Environment, 1996.

V. B. THOMAS, The Economic History of Latin America since Independence, 1994.

Z. BAUMAN, Liquid Modernity, 2000.

Sobre o autor:

Calixto Salomão Filho

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP),
Professor do Institut d'études politiques de Paris (Sciences Po).

O autor é o único responsável pela redação do artigo.