

Direito da concorrência e neoliberalismo: a regulação da concentração econômica no Brasil¹

Competition law and neoliberalism: the regulation of economic concentration in Brazil

Iagê Zendron Miola

Universidade São Judas Tadeu (USJT) e Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap), São Paulo, Brasil. Email: iagezm@gmail.com.

Artigo recebido e aceito em novembro de 2016.

¹ Versões preliminares deste artigo se beneficiaram das críticas de diversas pessoas. Agradeço a todos que debateram o artigo no Workshop do Institute for Global Law and Policy da Harvard Law School, em Doha, em 2015, especialmente a Jorge Esquirol, Rafael Sakr e Umut Öszu. Também agradeço a Bronwen Morgan, Robin Malloy e David Whyte, que debateram este artigo na conferência anual da Law and Society Association, também em 2015, em Seattle. Agradeço à Aline Viotto pela revisão e pelos comentários ao texto.

Resumo

Com frequência, a intrigante coincidência entre a difusão global, nos anos 1990, de medidas de privatização e liberalização de mercado características do neoliberalismo e a criação e reforma de leis de concorrência para controlar o poder econômico das empresas é silenciada ou naturalizada. Como explicar que a liberalização dos mercados foi acompanhada de mais regulação voltada a controlar o comportamento das empresas? A hipótese desenvolvida neste artigo é que a regulação concorrência, da maneira que foi implementada, compatibilizou-se com a produção de um arranjo econômico propagado pelos ideais neoliberais. Argumento que a abordagem dominante sobre a aplicação do direito concorrencial (enforcement) legitimou um dos traços definidores do neoliberalismo, a concentração do poder econômico. Para ilustrar essa hipótese, o artigo reúne evidências empíricas de um estudo de caso sobre a prática da regulação do poder econômico pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil, entre 1994 e 2010.

Palavras-chave: direito da concorrência – concentração econômica – neoliberalismo – CADE

Abstract

The intriguing coincidence between the global diffusion, in the 1990s, of measures of privatization and market liberalization characteristic of neoliberalism, and the worldwide spread of competition laws to control the economic power of corporations has been often naturalized or silenced. How to make sense of the fact that the liberalization of markets was accompanied by more regulation directed to control the behavior of corporations? The hypothesis here developed is that competition law, as it has been practiced, contributed to the production of an economic arrangement propelled by neoliberal ideals. I argue that the dominant approach to the enforcement of competition law has legitimized one of its defining traces, the concentration of economic power. To illustrate this hypothesis, the article gathers empirical evidence from a case study of the enforcement of the regulation of economic power by the Brazilian competition authority, the Administrative Council for Economic Defence (CADE), between 1994 and 2010.

Keywords: competition law – economic concentration – neoliberalism – CADE

1. Introdução

Com frequência, economistas, advogados e até mesmo alguns cientistas sociais naturalizam ou silenciam sobre uma intrigante coincidência de dois fenômenos. De um lado, a difusão global, sobretudo nos anos 1990, das medidas de privatização e liberalização de mercado características do neoliberalismo. De outro, e durante o mesmo período histórico, a propagação de leis de concorrência para controlar o poder econômico das empresas. Como explicar que a liberalização dos mercados foi acompanhada de mais regulação voltada a controlar o comportamento das empresas?

Sob um ponto de vista funcionalista, essa coincidência, na verdade, não tem nada de intrigante. A regulação do poder econômico corporativo por meio do direito da concorrência seria uma forma de prevenir e combater os excessos cometidos pelas empresas na disputa por mercados. O controle da concorrência seria uma contrapartida necessária e natural da liberalização e da privatização, um dispositivo jurídico exemplar criado para domesticar o poder econômico liberado pela desregulação e pela privatização. Junto das agências reguladoras que exercem controle sobre determinados mercados, o direito da concorrência simbolizaria a refutação do neoliberalismo como uma realidade política e econômica.

Neste artigo procuro oferecer uma descrição diferente sobre a regulação do poder econômico exercida pelo direito da concorrência e sobre como este instrumento jurídico se relaciona às transformações econômicas e sociais mais amplas abrangidas pelo neoliberalismo. A hipótese aqui desenvolvida é que o direito da concorrência, da maneira que foi praticado sobretudo nos anos 1990, contribuiu para a produção de um arranjo econômico propagado pelos ideais neoliberais. Argumento que a abordagem dominante sobre a aplicação do direito concorrencial (*enforcement*) legitimou um dos traços definidores do neoliberalismo, a concentração do poder econômico.

Para ilustrar essa hipótese, o artigo reúne evidências empíricas de um estudo de caso sobre a regulação da concorrência no Brasil. Este país é tomado como um exemplo emblemático da coincidência que motiva essa pesquisa, já que, em paralelo à liberalização dos anos 1990, um novo sistema jurídico e

institucional foi construído para regular a concentração do poder econômico e o comportamento das empresas na competição por mercados. O marco desse processo foi a promulgação da lei 8.884 de 1994, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e reformou a autoridade concorrencial brasileira – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – de acordo com parâmetros internacionais. Implementou-se, assim, o que passou a ser considerado um “moderno” sistema de regulação da concorrência.

O artigo busca contribuir com uma crescente literatura que problematiza as perspectivas dominantes sobre a regulação do poder econômico pelo direito da concorrência. Trata-se de estudos que têm explorado como, desde os anos 1980 – e mais intensamente nos países do sul global e da Europa, desde os anos 1990 – o direito da concorrência tem sido crescentemente funcional à globalização neoliberal. O trabalho expande essa hipótese em três sentidos: conceitualmente, ao identificar conexões ainda pouco exploradas; empiricamente, ao ancorar a análise na descrição de dados sobre a produção da regulação; e geograficamente, ao abordar o direito da concorrência nestes termos no cenário brasileiro, corroborando pesquisas sobre outros contextos como, por exemplo, EUA (Eisner 1991, Davies 2010), Europa (Buch-Hansen e Wigger 2016, neste número, e Wigger 2008), e Turquia (Türem 2010, 2016).

O argumento se desenvolve em quatro partes, além dessa introdução. Na seção 2, descrevo o conhecimento disponível sobre os papéis do direito da concorrência no despertar da liberalização econômica. A seção 3 propõe um quadro conceitual alternativo para estudar-se a conexão entre o direito da concorrência e os fundamentos econômicos do neoliberalismo que combina noções de uma economia política crítica e instrumentos da sociologia do direito. Na seção 4, a partir do caso brasileiro, são apresentadas e discutidas evidências empíricas dessa conexão. A seção 5 apresenta algumas conclusões.

2. O que se sabe sobre os papéis do direito da concorrência?

Sob os auspícios do Consenso de Washington, a década de 1990 foi marcada pela agenda global de reforma dos estados e das economias, para a

qual a retórica da concorrência foi central. Vários dos problemas enfrentados pelos governos do sul global foram atribuídos à ausência de mercados livres nos quais as empresas pudessem competir. O monopólio – especialmente através das empresas estatais – e o que se entendia ser um controle excessivo do governo sobre a economia eram características de um modelo estatal e econômico que precisava ser reformado. Foram empreendidas, assim, ao redor do mundo, uma série de políticas de liberalização e privatização.

Outro componente desse impulso reformista foi a tentativa de garantir-se que, uma vez abertos, os mercados se mantivessem competitivos. Isto deveria ser feito através de um ramo especial do direito: o direito da concorrência (e o direito regulatório em geral). É senso comum que o direito da concorrência, como o conhecemos hoje, originou-se nos EUA, no final do século XIX, com a promulgação da Lei Sherman². Um século mais tarde, entretanto, essa forma de regulação econômica foi globalmente difundida³. Aydin (2010) e Braithwaite (2008) observam, por exemplo, que, embora nos anos 80 pouco mais de 20 países tivessem promulgado leis de concorrência no mundo, em 2009 já eram 107. O crescimento foi especialmente relevante até o ano 2000, quando o número de países com leis de concorrência aumentou para 80 (Aydin 2010, p. 55, Braithwaite 2008, p. 20). Em termos regionais, o crescimento foi mais intenso na Europa, na Ásia e nas Américas. Nesta última região, enquanto em 1980 cerca de 20% dos países (incluindo os EUA e o Canadá) tinham leis regulando a concorrência, na década de 1990 a proporção mais do que duplicou, chegando a 50% dos países no ano 2000 (Aydin 2010, p. 56). Como explica Sassen (2008, p.263), a difusão do direito da concorrência de seu contexto original (os EUA) acompanhou historicamente a abertura de mercados em novas regiões – desde a primeira metade do século XX, como parte das reformas do pós-guerra na Alemanha e no Japão, passando pela “reinserção” dos antigos países soviéticos no mercado internacional até o desmantelamento dos Estados

² Na tradição jurídica dos EUA, o direito da concorrência é mais conhecido como “direito antitruste”. Neste artigo, os termos são utilizados de maneira intercambiável. Para uma história das origens do direito antitruste nos EUA, ver Sklar (1988) e Freyer (1992).

³ Uma onda anterior de difusão global de leis de concorrência pode ser identificada no período pós-guerra, quando a regulação do poder corporativo (especialmente dos cartéis) por meio da regulação da concorrência foi levada pelos EUA aos territórios ocupados da Alemanha e do Japão, como descrito por Sassen (2008) e Picciotto (2011, neste volume). O direito da concorrência era visto como um importante instrumento para desmantelar os cartéis que estavam na base dos regimes derrotados.

desenvolvimentistas, especialmente na América Latina, nas décadas de 1980 e 1990.

A promulgação de novas leis de concorrência ou da revisão de leis já existentes é parte de um fenômeno de reforma regulatória global, intensificado na década de 1990⁴. Embora grande parte da história oficial indique que, na maioria dos países, as leis de concorrência foram promulgadas pela primeira vez na década de 1990, dispositivos jurídicos para regular o poder das empresas podem ser identificados muito antes disso. O que pode ser reputado como novo são a forma e o conteúdo das leis que se espalharam na década de 1990, sobretudo a sua aspiração “tecnocrática”.

O Brasil oferece um exemplo ilustrativo. A maioria dos autores localiza as origens da regulação do poder econômico no Brasil no final da década de 1930 e identifica vários pontos históricos de inflexão. Neste percurso, retratam a criação de uma nova legislação concorrencial nos anos 1990 como um processo de reforma que levou a uma “evolução”⁵. Disposições para regular o poder corporativo inspiradas pelo Sherman Act podem ser localizadas já em 1938, durante o governo Vargas, com o Decreto-Lei 869 de 1938, ou, mais tarde, o Decreto-Lei 7.666 de 1945, que criou um Comitê de Defesa Econômica Administrativa para proteger a “economia popular”. A lei 4.137, promulgada em 1962, também é exemplar de uma legislação que objetivava combater os abusos do poder econômico.

Ao narrar a história da política de concorrência, estudiosos do direito e economistas muitas vezes veem essa arena de regulação como sendo ineficaz no período que se estende de 1938 até os anos 1990. Antes da década de 1990, a política antitruste é descrita como um instrumento de confrontos políticos entre interesses domésticos e corporações estrangeiras (Forgioni 2005), uma forma de regulação mais “ideológica do que descritiva” (Nusdeo 2002, p. 218). Mesmo

⁴ Além de leis de concorrência, também fazem parte dessa “explosão” a promulgação de regulação setorial e a criação de “agências reguladoras”. Por exemplo, Jordana e Levi-Faur (2005) analisam a criação dessas instituições em dezenove países latino-americanos e em doze setores de regulação. Enquanto antes de 1979 havia apenas 43 agências reguladoras na região, o número cresceu para 138 em 2002 (Jordana e Levi-Faur 2005, p.103).

⁵ Nascimento (2012) narra a política de concorrência no Brasil como tendo se desenvolvido em quatro momentos: dos anos 30 aos anos 60, dos anos 60 aos anos 90, dos anos 90 à primeira década dos anos 2000 e desde 2011, quando a nova lei antitruste foi promulgada. Periodizações semelhantes podem ser encontradas em Forgioni (2005), Considera (2005), Considera e Correa (2002) e Aguillar e Coutinho (2012).

com a criação de uma “autoridade de concorrência totalmente operacional” pela lei de 1962 (Todorov e Torres Filho, 2012, p. 217), a política de concorrência teria servido unicamente aos propósitos da política econômica do regime militar, fortemente baseada na intervenção, e facilitado a concentração do capital nacional. Haveria um “clima ideológico” historicamente incompatível com o desenvolvimento de uma política de concorrência efetiva antes dos anos 90, já que o estado favorecia negociações entre empresas para organizar o mercado como parte das políticas de intervencionismo e a substituição de importações (Considera e Correa 2002). Por meio de mecanismos de controle de preços, o governo teria estimulado a concentração econômica e os acordos entre concorrentes, tornando inviável a “lógica da concorrência” (Salgado 2004, p.362).

Nesse contexto, a promulgação de uma nova lei de concorrência é vista como parte de uma reforma regulatória mais ampla. Muitas vezes, é descrita como um passo em uma evolução histórica da formulação de políticas econômicas, motivado por uma “necessidade” de o Estado se ajustar a um novo contexto aberto pela liberalização econômica e pelas privatizações. A reforma é representada como expressão da modernização institucional, uma ruptura evolutiva com os anos precedentes do intervencionismo econômico característico do estado desenvolvimentista (Braithwaite 2008, Jordana e Levi-Faur 2005, Levi-Faur 2005, Jordana et al 2011 , Naím e Tulchin 1999 e Peña 2006).

Há dois papéis principais atribuídos ao direito da concorrência resultante desse processo evolutivo⁶. Por um lado, promover uma economia competitiva e eficiente, uma vez que uma política reformada de concorrência impõe limites ao poder econômico. A reforma regulatória implicaria, nesse sentido, uma tentativa do governo de controlar um mercado recentemente liberalizado e, ao fazê-lo, garantir seu bom funcionamento. As agências reguladoras e de concorrência

⁶ Os objetivos atribuídos à regulação da concorrência variam “temporal e ideologicamente” (Moura e Silva 2007, p.7). Definir qual é o objetivo do direito da concorrência é o centro de várias disputas neste campo de regulação. Existem diversos fundamentos políticos e econômicos possíveis ligados à regulação antitruste, como o controle do poder econômico, a proteção da liberdade de empresa, a redistribuição da riqueza, a proteção dos consumidores, a promoção da eficiência econômica e a promoção da integração econômica e do desenvolvimento. Ilustrativo de tal diversidade é a divisão histórica entre as escolas de Harvard e Chicago no direito concorrencial (Hovenkamp 2010). A descrição que segue destaca o que parece ser um “consenso” em torno aos objetivos da reforma concorrencial nos anos 1990.

equilibrariam os efeitos da liberalização do mercado, promovendo efetivamente a concorrência e desmantelando a legitimação de monopólios estatais e até privados que seriam característicos dos modelos econômicos precedentes à reforma.

Ao promover mercados competitivos, o direito da concorrência geraria bens para a sociedade como um todo. Combatendo comportamentos anticoncorrenciais, como a formação de cartéis, e controlando e eventualmente impedindo certas concentrações econômicas, o direito da concorrência evitaria o que a teoria econômica identifica como sendo os perigos do poder de monopólio: o controle excessivo de uma empresa sobre a oferta de bens e serviços, e o conseqüente aumento dos preços e diminuição da qualidade. Ao fazê-lo, a regulação concorrencial promoveria o bem-estar dos consumidores. A moderna regulação trazida pela reforma geraria, assim, benefícios para os consumidores, os “stakeholders imediatos da regulação da concorrência” (Salomão Filho 2007, p.82-87).

O caso brasileiro novamente fornece ilustrações sobre esses papéis. Para Martinez (2011, p. 42), por exemplo, a reforma de 1994 significou a mudança de um sistema baseado na proteção da economia popular que estava “disfarçado” sob o nome de “concorrência” no período de 1962-1988 em uma “verdadeira” promoção da concorrência. Peña (2006, p. 738-740) afirma que o regime regulatório brasileiro, uma vez reformado, trouxe “a eficiência econômica e a defesa do consumidor como seus principais objetivos” de defesa da concorrência e, portanto, um sistema foi “criado de fato” após a reforma. Schuartz (2009, p. 8) apresenta um entendimento semelhante, afirmando que a lei de 1994 iniciou um “processo evolutivo” com resultados “razoavelmente satisfatórios” em comparação com a experiência internacional e o desempenho de outras agências reguladoras e do Judiciário. Foi a partir da reforma de 1994, portanto, que um sistema moderno de concorrência “foi promovido e reforçado” (Trubek et al 2013, p. 283).

Os resultados de uma política de concorrência reformada são geralmente apresentados como trazendo benefícios universais: às empresas, aos indivíduos (consumidores) e ao mercado e à sociedade como um todo. Estes relatos sobre a reforma do direito da concorrência implicam, tácita ou

explicitamente, a dissolução do *puzzle* que abre este artigo. Frequentemente, como se viu, o direito da concorrência é descrito como sendo naturalmente compatível com as reformas neoliberais e justificado como um elemento necessário ao adequado funcionamento de um mercado liberalizado. É, portanto, um elemento não problemático de um conjunto de transformações provocadas no contexto de liberalização econômica.

Por vezes, a partir do direito da concorrência, o neoliberalismo também é diretamente questionado como sendo uma ferramenta conceitual incorreta para entender o conjunto de reformas dos anos 1990. A criação e reforma de leis da concorrência indicaria que o mercado está sendo regulado e, portanto, evidenciaria que a noção de neoliberalismo é inadequada para entender como e por que essa transformação ocorreu e quais são os papéis que desempenha no estado e na economia (Jordana e Levi-Faur 2005, Levi-Faur 2005, Braithwaite 2008, Jordana et al 2011). A existência de instrumentos técnicos de regulação mobilizados pelos governos para controlar os agentes do mercado, tais como o direito da concorrência, sugeriria que o neoliberalismo implica, na verdade, formas de controlar a si mesmo, ou mesmo, mais radicalmente, que estes instrumentos são inerentemente anti-neoliberais. Antes de ser um “recuo do estado” ou uma “consolidação de uma ordem hegemônica neoliberal” (Levi-Faur 2005, p.27), a difusão mundial das agências reguladoras e do direito da concorrência seria, portanto, evidência do caráter não-neoliberal do período (Gilardi et al 2006, p. 127).

Dessa forma, para muitas das abordagens descritas, a noção de neoliberalismo não seria uma maneira “analiticamente perspicaz” de se caracterizar as transformações do capitalismo no final do século XX (Braithwaite 2008, p. 10), constituindo um “conto de fadas” que nunca se tornou uma “realidade institucional” (Braithwaite 2005, p. 2). O neoliberalismo não só seria incorreto na apreensão das reformas, mas entraria em tensão direta com a criação de regras para empresas, pois seria a antítese da regulação (Braithwaite 2008, p. 88), contrário ao que poderia ser melhor definido como um “capitalismo regulatório” (Jordana et al 2011, p. 1344).

Dessa forma, quando não totalmente silenciada na literatura, a conexão intrigante entre a reforma do direito da concorrência e o neoliberalismo é

explicitamente desafiada. Meu argumento, no entanto, é que esses relatos não são convincentes quando descrevem como o direito da concorrência se relaciona com as tentativas de reformar as economias e as sociedades no neoliberalismo. Isso porque tais abordagens compartilham pressupostos metodológicos e conceituais que implicam limitações para explicar e avaliar as transformações de governança econômica acarretadas pelo direito da concorrência. Encontro apoio para essa ideia em uma literatura que critica os estudos sobre “difusão do direito” (Twining 2005a, 2005b, 2006) e “globalização do direito” (Halliday e Osinsky 2006), bem como as perspectivas neo-institucionalistas sobre o direito (Suchman e Edelman 1996, Edelman e Suchman, 1997).

Twining (2005a, p.3), por exemplo, identifica o que são “suposições questionáveis” subjacentes aos estudos sobre reforma legal que podem ser aplicadas às descrições sobre a reforma do direito da concorrência, e discute o que seriam várias “omissões significativas” associadas a eles. Uma dessas omissões é a ausência de avaliação empírica e de medição do impacto da regulação (Twining 2005a, p.32). Quando empiricamente fundamentada, a medição dos resultados tende a ser “tecnocrática, formalista e fortemente instrumentalista, oferecendo escasso respeito à cultura, ao contexto e à tradição” (Twining 2005a, p.32).

Uma crítica semelhante é feita por Suchman e Edelman (1996) às abordagens neo-institucionalistas do estudo do direito, também útil para compreender-se as limitações das descrições dominantes sobre a relação entre regulação da concorrência e neoliberalismo. Na visão desses autores, as abordagens neo-institucionais tendem a endossar uma visão formalista da lei, para a qual “as leis significam o que dizem e fazem o que dizem” (Suchman e Edelman, 1996, p. 928). O direito é tomado como sendo explícito, o que obscurece seu caráter “fragmentado e altamente ambíguo” (Suchman e Edelman 1996, p. 929). Como a lei é considerada uma “realidade objetiva e monolítica”, seus resultados não são vistos como problemáticos, já que seriam uma simples tradução de regras à prática regulatória (Suchman e Edelman, 1996, p.933).

Trazendo essas críticas ao domínio do direito da concorrência, é possível identificar uma importante lacuna na literatura descrita: a principal referência para se descrever os papéis de regulação é o que a lei diz serem seus objetivos –

ou seja, promover a concorrência e proteger os consumidores. O pressuposto metodológico tácito a essas descrições é que os papéis efetivamente cumpridos por mecanismos regulatórios como o direito da concorrência pode ser avaliado a partir de como a própria lei concorrencial define as suas atribuições institucionais. Ao avaliar os resultados do direito da concorrência a partir dos objetivos formais da lei, ou de uma forma empírica não sistemática, essas narrativas acabam funcionalizando e despolitizando os papéis da regulação da concorrência. Ao despolitizar este campo, qualquer conexão com o neoliberalismo pode ser facilmente (embora erroneamente, como vou argumentar) contornada.

Além disso, a oposição entre regulação da concorrência e neoliberalismo parte de uma premissa problemática. O direito da concorrência seria uma refutação à caracterização das reformas de desregulação e privatização como neoliberais porque demonstraria a existência de controle estatal para a garantia de mercados livres. Regulação e concorrência seriam, assim, termos incompatíveis com o que se atribui ao neoliberalismo. Como procurarei descrever, o neoliberalismo não representa a antítese da regulação ou da concorrência, mas sim uma *forma específica* de se definir, em um modelo econômico mais amplo, como deve acontecer a concorrência entre empresas e, conseqüentemente, qual a forma mais adequada de regulá-la.

3. A economia política crítica do direito da concorrência em ação

Como estudar, então, as conexões entre direito da concorrência e neoliberalismo sem incorrer nos problemas apontados? Os autores que mobilizei para apresentar a crítica acima oferecem uma pista para a construção de uma abordagem alternativa. Convergem ao propor um princípio analítico da sociologia do direito como um ponto de partida útil: a análise do “direito em ação”⁷. Como sugerem Halliday e Osinsky (2006, p. 466), “o critério de impacto

⁷ A noção de “direito em ação” teve origem na tradição do realismo jurídico americano, notadamente na jurisprudência sociológica, entre o final do século XIX e o início do século XX (Treves 2004, p.140-145), em oposição ao “direito nos livros”. O conceito foi apropriado pela sociologia jurídica como um dispositivo analítico para distinguir a sua abordagem da doutrina, ou seja, para conceber o direito como aquilo que é praticado, não como descrito formalmente.

deve ser o direito em ação, não o direito nos livros”. Em uma linha similar, Twining (2005a, p.33) argumenta que a análise do impacto envolve uma “mudança necessária [de enfoque], da lei para a aplicação [do direito]”.

Ao subscrever à distinção entre o “direito nos livros” e o “direito em ação”, não estou me filiando às perspectivas que se preocupam com as “*discrepâncias* entre as normas legais e a prática jurídica” (meu itálico), ou seja, em estudar a “lacuna” entre o modo como a lei *deveria* operar e como ela *realmente opera* (Nelken, 1981, 1984, p. 169-170)⁸. Ao invés disso, a proposta implica apenas a compreensão de que o direito não é monolítico ou explícito, mas sim “feito na medida em que é aplicado” (Suchman e Edelman 1996, p. 933-934). O foco da pesquisa é, portanto, reposicionado para a “política da aplicação” do direito, isto é, para estudar como a maleabilidade e a indeterminação da lei são “resolvidas”, como e quais decisões são realmente tomadas (Suchman e Edelman 1996, p. 934). No caso específico do direito da concorrência, a proposta implica perguntar pelo que significa, na prática, “promover a concorrência” e “proteger os consumidores”; quais comportamentos corporativos são permitidos e quais são considerados ilegais; e que concentrações são percebidas como prejudiciais ou não. Como esses conceitos são consideravelmente amplos para possibilitar diferentes interpretações, investigar o “direito em ação” significa procurar as interpretações que realmente surgem na tomada de decisões.

Já que o objetivo principal deste artigo é avaliar como o direito da concorrência se relaciona com o neoliberalismo, é preciso explicitar, também, os elementos “substantivos” que entendo serem as características definidoras do projeto neoliberal de transformação da economia. Baseado em uma economia política crítica, identifico um conjunto de tendências que servem de parâmetros para analisar-se o direito da concorrência “em ação”.

Apesar de nuances de escopo e ênfase, é possível identificar elementos relativamente consensuais sobre o que seriam características fundamentais do

⁸ Considerar o “direito em ação” como uma medida da distância entre o que é o direito e o que deveria ser é uma abordagem frequente sobre o fenômeno jurídico na América Latina que Esquirol critica, de forma justa, como uma tradição de “fracasso jurídico”, ou seja, de se descrever o direito na região como “efetivamente incapazes de desempenhar as funções esperadas” (Esquirol 2011, p.11).

neoliberalismo⁹. Um primeiro ponto de convergência é que o neoliberalismo implica, por um lado, uma teoria (Saad-Filho e Johnston, 2005, Harvey 2007, Kotz 2002), um “pensamento coletivo” (Mirowski 2009, p.428- 431, Plehwe 2009, p. 4). A tradição intelectual neoliberal que se desenvolveu a partir da década de 1940 une várias teorias sobre como o mercado, o estado e a sociedade devem funcionar. Um pressuposto básico do pensamento neoliberal, que o distingue do liberalismo clássico¹⁰, é que as condições para o seu modelo de “boa sociedade” devem “ser construídas e não se produzirão ‘naturalmente’” (Mirowski 2009, p. 434). No pensamento neoliberal, a definição de “boa sociedade” tem sido frequentemente acompanhada pela noção de liberdade: para os indivíduos, os mercados, as corporações, os contratos e o comércio. Nesse sentido, o neoliberalismo é uma teoria que enuncia as condições em que o mercado e a sociedade como um todo deveriam ser “libertados” do que seriam os laços nocivos do intervencionismo estatal e das amarras ainda mais perigosas do socialismo.

O que deve ser construído, por sua vez, implica uma compreensão específica do mercado e do estado. No pensamento neoliberal, “o mercado sempre se sobressai em relação à capacidade do estado de processar informação”, e assim uma sociedade de mercado deve ser tratada como “inexorável” (Mirowski 2009, p. 435). A intervenção governamental, nesse sentido, prejudica o funcionamento eficiente do mercado e, como consequência, compromete a liberdade (Munck 2005, p. 61). A lógica central do neoliberalismo é a de uma teoria ortodoxa do livre comércio que sustenta que, se os agentes econômicos forem livres para competir, essa competição gerará automaticamente benefícios para toda a economia (Shaikh 2005, p.42).

Essa suposição tem dois corolários. Em primeiro lugar, se o mercado, em detrimento do estado, é o melhor espaço para “processar a informação”, então “o capital tem o direito natural de fluir livremente”, sem interferências

⁹ Como descrito por Davies (2014) e Mirowski (2009), o neoliberalismo não é uma doutrina unificada, embora as diferentes abordagens neoliberais existentes mantenham alguns elementos em comum. Para uma história das origens e das distintas vertentes das teorias neoliberais, ver Harvey (2007) e os artigos na coleção editada por Mirowski e Plehwe (2009).

¹⁰ Como sustentam Paulani (2005, p. 116-129) e Harvey (2007, p. 20), o neoliberalismo implica uma reação contra as perspectivas intervencionistas encarnadas pelo keynesianismo e pelo o socialismo, mas também engloba vários “ajustes” ao liberalismo clássico. A base para essa distinção em relação ao liberalismo foi a adesão aos princípios do livre mercado desenvolvidos pela economia neoclássica desde a segunda metade do século XIX (Harvey, 2007, p.20).

governamentais (Mirowski 2009, p.438). Em segundo lugar, se os movimentos livres de capital são uma condição necessária para uma “boa sociedade”, “as empresas não podem fazer nada de errado, ou pelo menos não devem ser culpadas se o fizerem” (Mirowski 2009, p.438). Se deixadas para concorrer livremente, as empresas gerarão, eventualmente, um mercado saudável. Neste ponto é possível identificar outra divergência relevante entre o liberalismo clássico e o neoliberalismo. Enquanto o primeiro desconfiava da concentração econômica intensa (representada no monopólio), o neoliberalismo sustenta que o monopólio não é necessariamente prejudicial ao funcionamento da economia (Mirowski 2009, p. 438)¹¹.

Essa é uma faceta do pensamento neoliberal que diz respeito diretamente ao direito da concorrência. A mudança na tradição liberal em relação ao monopólio – da desconfiança clássica à aceitação neoliberal – está associada à abordagem desenvolvida especialmente por estudiosos da Universidade de Chicago durante as décadas de 1940 e 1950 e incorporada ao direito da concorrência nos EUA nos anos 1980 (Davies 2010; Van Horn 2009). Essa perspectiva sustenta que o monopólio não é necessariamente nocivo para o funcionamento do mercado por várias razões. As empresas, mesmo aquelas “gigantescas”, são consideradas “entidades relativamente benignas que naturalmente dão origem às condições de mercado que acabarão por prejudicá-las” (Van Horn 2009, p. 222). Em outras palavras, os resultados anticoncorrenciais de uma economia monopolista ou oligopolista são efêmeros e eventualmente acabam, se os mecanismos de mercado puderem funcionar livremente (Van Horn 2009, p. 222).

Além disso, a abordagem de Chicago oferece fundamentos intelectuais para a compreensão de que o monopólio é justificável se se mostrar eficiente. Nessa visão, a organização da produção de forma monopolista ou oligopolista pode ser superior a uma organização dispersa, por exemplo, por produzir mais a menores custos, ou por tornar possível a custosa inovação tecnológica – ou seja,

¹¹ Aqui aparece um exemplo da variedade existente no pensamento neoliberal. Como observa Mirowski (2009), esta posição em relação ao monopólio não foi uniforme. Nas primeiras reuniões da Sociedade de Mont Pèlerin, o neoliberalismo lançou suspeitas sobre o poder econômico e preocupava-se com a promoção de uma forte capacidade antitruste por parte do Estado (Mirowski 2009, p. 439). No entanto, devido à influência da escola de economia de Chicago, essas preocupações foram praticamente eliminadas deste projeto intelectual, estando confinadas à vertente do pensamento ordoliberal.

no jargão, por alocar de maneira mais eficiente os recursos. Uma vez que um dos pressupostos metodológicos da economia neoliberal (mais precisamente, da teoria neoclássica que subjaz ao neoliberalismo) é que as empresas agem racionalmente, então a concentração será buscada somente se elas “estiverem convencidas de que podem alcançar eficiências” (Crouch 2011, p. 56). Assim, “fusões e aglomerações levando ao surgimento de empresas gigantes sempre levarão a mais eficiência” (Crouch 2011, p. 56). A intervenção governamental por meio, por exemplo, do direito antitruste pode, por conseguinte, distorcer o mercado, que, no final das contas, possui a capacidade superior de corrigir os seus eventuais problemas decorrentes *da* livre concorrência - precisamente *através* da concorrência livre de interferências indevidas.

A ascensão do neoliberalismo como ideologia dominante nos anos 1990 convergiu com uma nova etapa de desenvolvimento capitalista: a da “globalização do capital”, que difere da etapa imperialista do período 1880-1913, e do modelo fordista em vigor desde a Segunda Guerra Mundial (Chesnais 1996). A solução para a crise de acumulação de capital da década de 1970 levou a uma nova etapa global do desenvolvimento capitalista, à qual o neoliberalismo proporcionou um veículo intelectual e prático funcional. A noção de neoliberalismo também abarca, portanto, um conjunto de políticas concretas, mais ou menos coerentes, definidas de distintas formas: “novas regras de funcionamento do capitalismo” (Duménil e Lévy, 2005, p.10), uma “estratégia de governança” (Munck 2005, p. 68), ou um “projeto político” (Campbell e Pedersen 2001, p. 1). Mas quais são os traços definidores da reconstrução neoliberal global da economia capitalista?

Há uma característica do projeto político neoliberal que é de especial interesse para estudar-se o direito da concorrência “em ação”¹². Este é um modelo de expansão global e de concentração de empresas. Como Chesnais argumenta (1996, p.141; 91), a década de 1970 iniciou um período de “extrema centralização e concentração de capital”, na medida em que o porte dos grandes grupos empresariais originados no centro do capitalismo (EUA, Europa e Japão)

¹² Duas outras tendências do neoliberalismo aqui não exploradas, mas que também estão ligadas ao direito da concorrência são a regulação do setor financeiro e sua crescente hegemonia na economia e uma mudança social promovida por uma concepção individualizada de uma sociedade de consumidores. Ambas são discutidas em detalhes em outro trabalho (Miola, 2014).

cresceu substancialmente durante os anos 80¹³. A concorrência atingiu uma escala global sem precedentes, na medida em que grandes corporações que até o final da década de 1970 haviam operado “em mercados oligopolistas relativamente controlados agora enfrentavam a concorrência de outras grandes corporações com sede no exterior, tanto no mercado interno quanto no exterior” (Kotz 2002, p.12). A concentração tornou-se, assim, um meio de sobrevivência neste novo nível de competição internacional.

No mesmo sentido, Harvey (2007, p. 80) observa que, embora a teoria neoliberal destaque as “virtudes da concorrência”, “a realidade é a consolidação crescente do poder oligopolista, monopolista e transnacional em algumas corporações multinacionais centralizadas”. O grau de interpenetração entre capitais de diferentes nacionalidades aumentou no período, gerando estruturas altamente concentradas no nível internacional. O oligopólio global produzido em diversos setores, principalmente governado por empresas americanas, europeias e japonesas, criou um “espaço de rivalidade industrial” limitado que é dominante no mundo de hoje (Chesnais 1996, p. 36)¹⁴. No modelo econômico inaugurado pela globalização neoliberal, portanto, crescentemente o espaço da concorrência capitalista é ocupado por grandes grupos empresariais.

A concentração foi, em grande parte, conduzida por meio de investimentos diretos estrangeiros sob a forma de fusões e aquisições (Chesnais, 1996, p. 91). Durante a década de 1980, esteve restrita principalmente às transações entre economias avançadas (Picciotto, 2011, p. 119, Chesnais 1996)¹⁵. Na década de 1990, porém, os movimentos de concentração se expandiram ainda mais, na medida em que novas fronteiras de acumulação se abriram na periferia do sistema capitalista por meio das políticas de liberalização e privatização, fenômeno do qual a América Latina é exemplo ilustrativo.

¹³ Como argumenta Chesnais (1996, p. 94-95), formas concentradas de produção e comercialização não são uma característica distintiva desse período. O que há de novo é a “extensão de estruturas altamente concentradas de oferta para a maior parte das indústrias de alta intensidade de pesquisa e desenvolvimento, bem como para vários setores de fabricação em larga escala” .

¹⁴ Harvey (2007) também aponta para a inserção chinesa no mercado internacional neste período como parte do processo de expansão global e concentração de capital.

¹⁵ As fusões e aquisições tornaram-se vantajosas no contexto da globalização neoliberal por várias razões. Nos setores de alta tecnologia, permitem contornar barreiras à entrada pela posse de determinada tecnologia (Chesnais, 1996, p. 101). São, também, um meio para reduzir os custos de transação de operar globalmente, internalizando-os em uma única corporação (Chesnais 1996, p.102); Finalmente, são uma estratégia eficiente para conquistar novos mercados através da aquisição de rótulos comerciais existentes, redes de distribuição e clientes (Chesnais 1996, p. 64).

Se, de acordo com a teoria neoliberal, o estado distorce o funcionamento ótimo do mercado, sua interferência direta na economia deve ser, portanto, reduzida. O papel do estado deve ser transformado, retirando-se da participação direta na economia. A privatização das empresas estatais, acompanhada da desregulamentação de certos setores econômicos¹⁶ e da liberalização das finanças e do comércio¹⁷ são soluções neoliberais típicas para esse “problema”. Durante a década 1990, essas medidas foram intensamente difundidas, sobretudo aos países onde o modelo de industrialização por substituição de importações envolveu diversas restrições governamentais aos fluxos de capital e uma importante participação das empresas estatais na economia. As medidas de privatização são, nesse sentido, um “sinal do projeto neoliberal”, já que seu principal objetivo é “abrir novos campos para a acumulação de capital em domínios até então considerados fora do cálculo da rentabilidade” (Harvey 2007, p. 160).

No Brasil, por exemplo, a década de 1990 foi o período em que ocorreu uma grande onda de privatizações em setores estratégicos como petroquímica, siderurgia, mineração, fertilizantes, ferrovias, portos, bancos e finanças, energia e telecomunicações (Filgueiras 2006, p. 194). Como em outros contextos, a criação de novos mercados através da privatização de empresas estatais e da liberalização de setores econômicos anteriormente dominados pelo governo abriu caminho para novas fusões e aquisições (Picciotto 2011, p.120). Revelaram-se, assim, funcionais para a tendência neoliberal de expansão e concentração de capital¹⁸.

A breve descrição dessas tendências, aqui tomadas como características do neoliberalismo, permite avaliar como o direito da concorrência “em ação”

¹⁶ Sigo, aqui, a definição de desregulamentação proposta por Munck (2005, p. 63), como a “remoção dos sistemas regulatórios estatais” através da criação de “novas formas de regulação com novas regras e políticas orientadas para o mercado para facilitar o desenvolvimento do ‘novo’ capitalismo”.

¹⁷ A liberalização do comércio implica, por exemplo, a redução das tarifas e das barreiras não-tarifárias (Deraniyagala 2005, p. 94), assim como de restrições à importação características do modelo de substituição de importações. A liberalização financeira compreende medidas voltadas a “encorajar as atividades do mercado de ações nos países em desenvolvimento e nos países recém-industrializados” (Toporowski 2005, p.110).

¹⁸ Como mostra o estudo de Rocha e Kupfer (2002, p. 28) sobre a transformação da estrutura de empresas no Brasil durante a década de 1990, as fusões e aquisições após as privatizações estavam associadas à expansão do capital multinacional em um mercado recentemente liberalizado. O estudo de Azpiazu e Basualdo (2004) sobre privatizações na Argentina, por sua vez, ressalta como as privatizações consagraram um controle monopolista de setores econômicos estratégicos.

respondeu a este fenômeno. Conforme já anunciado, tomo evidências empíricas de um estudo de caso da prática do direito concorrência no Brasil para ilustrar que a regulação do poder econômico não esteve em tensão com o neoliberalismo, mas, ao contrário, legitimou a consolidação de um dos seus princípios econômicos básicos: a expansão e concentração de capital.

4. Concentração econômica e direito da concorrência: evidências do Brasil

A fim de retratar o direito da concorrência “em ação” no Brasil, nesta seção apresento dados que permitem descrever como esse campo regulatório respondeu às pressões de expansão e concentração de capital¹⁹. Em muitos países, a regulação da concorrência acontece em um sistema juridificado que tem no seu centro um tribunal administrativo encarregado de decidir sobre a legalidade das concentrações e dos comportamentos empresariais. No Brasil, a instituição que cumpre esse papel é o CADE, parte integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC instituído pela Lei 8.884 de 1994 e mais recentemente reformado pela Lei 12.529 de 2011²⁰. No CADE, um grupo de conselheiros, na sua maioria advogados e economistas, é responsável por tomar as decisões. Esses conselheiros, escolhidos entre os cidadãos com mais de 30 anos e com “notório saber jurídico ou econômico”, são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. A eles é conferido um mandato, de modo que “só podem ser removidos em circunstâncias muito especiais”, o que, segundo o próprio Conselho, “confere autonomia aos membros do Plenário do CADE, o que é fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e imparcial” (CADE 2007, p. 17).

Como já descrito na seção 2, a criação do SBDC está ligada às transformações econômicas ocorridas no período de liberalização, notadamente às privatizações e à desregulamentação. Como indica a história oficial do CADE,

¹⁹ Para uma descrição completa dos dados empíricos sintetizados neste artigo, ver Miola (2014).

²⁰ A Lei 12.529 entrou em vigor em maio de 2012 e reestruturou o SBDC institucionalmente, além de promover algumas mudanças relacionadas, em especial, aos procedimentos de regulação da concorrência instituídos em 1994.

Com a estabilidade da moeda, bem como com a privatização e desregulamentação comercial a partir dos anos 1990, tornou-se vital o desenvolvimento de uma política de defesa da livre concorrência para atender à nova realidade do mercado, haja vista a necessidade de regras claras e estáveis a serem seguidas pelas empresas em um mercado competitivo (CADE 2007a, p. 12)

Com a reforma de 1994, o CADE, “que até então exercia um papel marginal na vida econômica do país”, recebeu mais poderes, tornando-se o principal guardião institucional da livre concorrência (CADE 2007). O CADE é descrito como parte de um conjunto de instituições com um “dever” similar: o de assegurar que as empresas que dominam o mercado não abusem desse poder para prejudicar a livre concorrência.

Um dos principais papéis atribuído ao direito da concorrência é o de regular a concentração do poder econômico²¹. No Brasil, esse papel foi institucionalizado precisamente pela reforma de 1994²². A concentração ocorre, por exemplo, através de fusões, aquisições e da formação de joint-ventures²³. A lei de 1994 estabeleceu a notificação obrigatória ao CADE de casos de concentração com certo peso econômico ou que implicassem concentração de mercado de pelo menos 20%²⁴. Nesse sistema, se duas empresas se concentram (por exemplo, se uma empresa adquire outra), antes da operação, devem

²¹ Outro importante papel atribuído ao direito da concorrência é o controle do comportamento ou da conduta empresarial (o chamado papel “repressivo”), como as práticas unilaterais que podem afetar mercados (como o abuso de posição dominante) ou práticas colusivas, como a formação de cartel. A análise de como o CADE exerce seu papel repressivo não faz parte deste artigo. Entretanto, dados sobre a aplicação da legislação brasileira sobre a concorrência no que diz respeito ao comportamento empresarial e sua relação com as políticas neoliberais também podem ser encontrados em Miola (2014, p.336-386)

²² Como descreve Schieber (1966, p.165), a lei de concorrência de 1962 já tinha uma disposição para regular as concentrações, embora, segundo ele, nunca tenha sido implementada, uma vez que a lei não impunha a submissão compulsória de fusões e aquisições à regulação do CADE.

²³ Conforme define o CADE, uma fusão “é um ato societário pelo qual dois ou mais agentes econômicos independentes formam um novo agente econômico, deixando de existir como entidades jurídicas distintas”; uma aquisição “ocorre quando um agente econômico adquire o controle ou parcela substancial da participação acionária de outro agente econômico”; e uma joint-venture “é a associação entre dois ou mais agentes econômicos para a criação de um novo agente econômico, sem a extinção dos agentes que lhe deram origem. Pode ter por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a atuação em um novo mercado distinto dos mercados individuais de cada empresa”. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>>. Acesso em 15/11/2016.

²⁴ Atualmente, a submissão de uma concentração ao CADE é obrigatória se uma das empresas envolvidas tiver receitas anuais iguais ou superiores a R\$ 750 milhões e se pelo menos uma das outras empresas envolvidas tiver uma receita igual ou superior a R\$ 75 milhões. Essa alteração foi introduzida pela Portaria Interministerial n. 994/2012, dos Ministérios da Justiça e das Fazenda, com base no artigo 88, 1º parágrafo, da Lei 12.529 de 2011.

solicitar a autorização dos reguladores – no caso, ao CADE e seus conselheiros. Isso dá início a um processo chamado “ato de concentração”, através do qual os possíveis impactos econômicos dessa concentração são analisados. O processo pode ter três resultados distintos: a concentração pode ser aprovada integralmente, quando se autoriza totalmente a sua consumação; aprovada com a imposição de certas restrições ou condições (ou seja, as empresas têm de realizar alguns ajustes na operação para mitigar potenciais efeitos nocivos); ou rejeitada, quando se impede que a operação seja confirmada no todo.

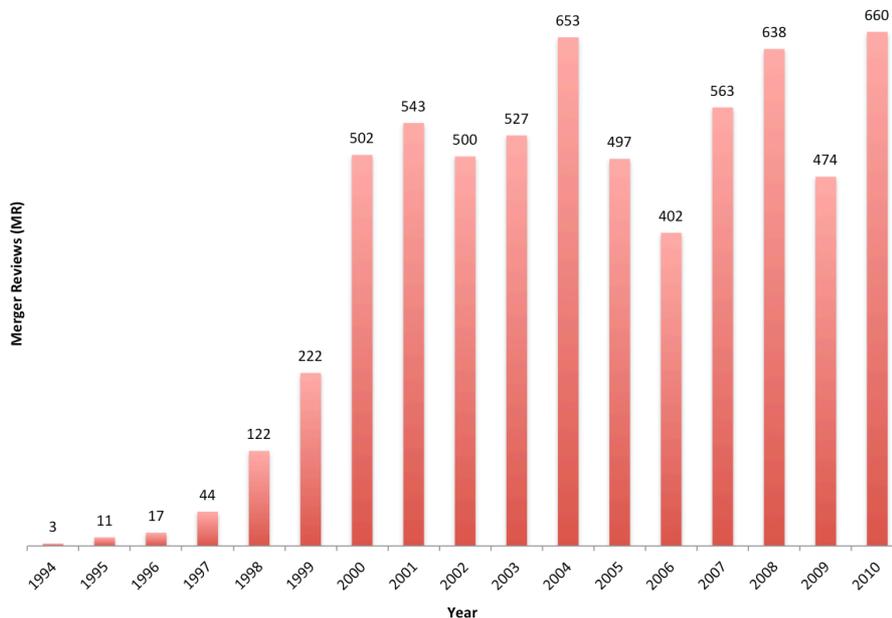
A fim de retratar como o direito da concorrência brasileiro tem respondido, na prática, aos impulsos da economia em relação à expansão e concentração de capital, é útil descrever quais fenômenos econômicos de fato “entram” nesse ambiente regulatório e quais respostas regulatórias recebem. Em outras palavras, a conexão do direito da concorrência no Brasil com o neoliberalismo pode ser apreendida a partir do estudo de como o CADE regula a concentração econômica a ele submetida através dos atos de concentração.

4.1 As concentrações reguladas no Brasil

Essa conexão pode ser ilustrada pelos dados empíricos produzidos em outro estudo (Miola 2014). Nessa pesquisa, analisou-se os atos de concentração decididos pelo CADE entre 13 de junho de 1994 – logo após a reforma – e 15 de dezembro de 2010. Nesse período de 17 anos, o CADE julgou 6378 atos de concentração²⁵. A Figura 1 indica como a demanda de concentrações para a análise do CADE aumentou precisamente a partir de 1995, no governo Fernando Henrique Cardoso, com a intensificação de medidas de privatização e liberalização²⁶.

²⁵ Não há uniformidade na descrição do número total de casos julgados pelo CADE nos seus próprios Relatórios Anuais, nem em fontes secundárias (como os trabalhos de Martinez 2011 e Salgado 2004). Por isso, para a determinação do universo de casos julgados pelo CADE no período, foram listados todos os atos de concentração indicados em 562 Atas de Sessão de Julgamento do Conselho entre 1996 e 2010, o que oferece uma fonte homogênea de dados e possibilita a individualização de todos os casos – condição necessária para a construção de uma amostra de pesquisa. Para os anos de 1994 e 1995, em que as Atas não estão disponíveis, o repositório de decisões construído por Franceschini (2004) serviu de fonte de identificação dos casos.

²⁶ Entre 1991 e 2001, mais de uma centena de empresas de propriedade do governo federal e dos estados foram privatizadas e ações de outras empresas estatais foram vendidas (Anuatti-Neto et al 2005, p 152, Filgueiras 2006, p.144). A liberalização de vários sectores também foi intensificada através de uma série de Emendas Constitucionais (EC), especialmente a partir de 1995, como a EC

Figura 1. Número de atos de concentração decididos pelo CADE (1994-2010)

Fonte: Miola (2014, p. 142)

A descrição do perfil das concentrações econômicas julgadas pelo CADE em um universo tão grande de decisões seria muito difícil, já que demandaria a análise individual de mais de 6 mil casos. Por isso, no estudo que serviu de base para a descrição de dados dessa seção (Miola 2014), foi construída uma amostra de atos de concentração que fosse representativa da população total de atos de concentração julgados entre 1994 e 2010²⁷. Essa amostra permitiu o

05/95, 08/95 e 09/95 que quebraram, respectivamente, o monopólio estatal sobre a distribuição de gás, de serviços de telecomunicações e de exploração de petróleo (Coutinho e Schapiro 2013, p.594).

²⁷ Como o número de casos decididos em alguns anos (sobretudo entre 1994 e 1999) é muito pequeno se comparado à média geral, uma amostra aleatória simples implicaria o risco de sub-representação das decisões proferidas neste período. O risco é ainda maior para a formulação de conclusões, tendo em vista que a diferença no número de casos coincide com mudanças na administração (do governo FHC para o governo Lula). Além disso, outro risco de uma amostra aleatória simples no universo de decisões do CADE é o fato de que, como se detalha mais à frente, o número de casos aprovados com algum tipo de restrição é muito menor do que o número de casos aprovados sem restrições. Dessa maneira, se essa diferença não fosse levada em consideração, casos restringidos também seriam sub-representados na amostra. Para evitar esses problemas, a pesquisa adotou a técnica de amostragem aleatória estratificada, construindo estratos representativos de dois grandes períodos de clivagem política – entre 1994 e 2002 e entre 2003 e 2010 – e dos dois tipos de decisão preponderantes (com e sem restrições). Foram adotados parâmetros conservadores para o cálculo do tamanho da amostra em cada um dos estratos que garantissem confiabilidade aos dados. Dessa forma, foi determinado um erro amostral de 5%, e um nível de confiança de 95%. O “peso” relativo de cada estrato em relação à população total foi

aprofundamento qualitativo na análise do perfil desses casos e de como são julgados pelo CADE. A amostra que serve de base para a descrição que segue compreendeu 871 atos de concentração. Com base nela, são construídas estatísticas que permitem descrever, com razoável confiabilidade, o perfil do universo de atos de concentração decididos pelo CADE no período analisado.

Nessa amostra, quase 82% das operações são aquisições empresariais, seguidas por 7,3% de formação de joint-ventures. As fusões representam menos de 4% das concentrações reguladas pela autoridade brasileira de defesa da concorrência. Uma série de outras formas classificadas sob o rótulo “Outros”, compreendendo a subscrição de ações por investidores sem, no entanto, alterar o controle da empresa, assim como contratos de distribuição entre corporações.

Tabela 1. Tipos de operação em atos de concentração (1994-2010)

Tipo de operação	%
Aquisição	81,7
Joint-Venture	7,3
Fusão	3,6
Outros	7,4
Total	100

Fonte: Miola (2014, p. 337)

A maioria das operações apresentadas (57%) ao CADE no período é de âmbito nacional, ou seja, eram operações restritas ao mercado brasileiro (Miola 2014, p. 367). Uma proporção considerável de quase 43%, no entanto, é de alcance global, ou seja, operações de um escopo maior do que o mercado brasileiro, que o afetaram diretamente ou não. Exemplos frequentes desse tipo de operação são aquelas em que corporações estrangeiras realizam uma fusão

levado em conta para a produção das estatísticas aqui apresentadas. Para uma explicação detalhada da construção da amostra utilizada no estudo cujos dados servem de base a este artigo, ver Miola (2014, p.145-149). Os dados de cada um dos casos que compõem a amostra foram coletados a partir do sistema de consulta processual eletrônico no site do CADE.

ou aquisição em outro país e notificam a autoridade antitruste brasileira. Essas operações podem ou não implicar consequências para o mercado brasileiro – por exemplo, quando, em razão de uma fusão global, há mudança da propriedade acionária de alguma subsidiária operante no Brasil.

Segundo a amostra, as concentrações econômicas reguladas pelo CADE entre 1994 e 2010 envolveram 29 setores econômicos diferentes²⁸. Quase 70% de todas as operações apresentadas à autoridade brasileira de concorrência ocorreram, porém, em apenas 10 setores econômicos, a maioria dos quais marcados por privatizações e por uma significativa desregulamentação nos anos 90 (Miola 2014, p. 335-336). O setor denominado “Serviços Essenciais e de Infraestrutura”, que compreende atividades de produção e distribuição de eletricidade, gás, água, saneamento e telecomunicações, apresentou a maior incidência de concentrações julgadas pelo CADE. Historicamente monopolizadas pelo estado, essas atividades foram amplamente repassadas à iniciativa privada no início da década de 1990, especialmente através da privatização de empresas estatais. No setor elétrico, por exemplo, nada menos que 16 empresas estatais foram privatizadas, como CEEE Centro-Oeste, CEEE Norte-Nordeste, SAELPA e Eletropaulo. No setor de gás, empresas como Riogás, Gás Noroeste e Gás Sul também foram desestatizadas.

²⁸ As categorias de setores econômicos utilizadas são aquelas definidas pela tipologia oficial do CADE, tal como formalizada pela resolução número 15 de 1998 e aplicada pelo Conselho nos casos analisados.

Tabela 2. 15 setores econômicos mais frequentes dos atos de concentração (1994-2010)

Setor Econômico	%	% Cumulativa
Serviços Essenciais e de Infraestrutura	12,1	12,1
Indústria Química e Petroquímica	9	21,1
Indústria de Telecomunicações e de Informática	7,7	28,8
Serviços Gerais	6,5	35,3
Indústria Automotiva e de Transportes	6,2	41,5
Indústria Farmacêutica e de Higiene	5,7	47,2
Indústria Siderúrgica	5,7	52,9
Indústria Metalúrgica	5,4	58,3
Comunicação e Entretenimento	4,2	62,5
Indústria de Alimentos	4,2	66,7
Serviços de Transporte e Armazenagem	3,5	70,2
Extração Mineral	3,4	73,6
Indústria Eletro-Eletrônica	3,3	77
Setor de Varejo	3,2	80,1
Serviços Financeiros	2,4	82,5
Outros	17,5	100

Fonte: Adaptado de Miola (2014, p. 336)

O segundo setor no ranking também foi um mercado que sofreu ampla liberalização: a indústria química e petroquímica, que inclui atividades relacionadas à exploração e refinamento de petróleo, produção de elementos petroquímicos, fibras sintéticas e artificiais, lubrificantes, asfalto, gases industriais, tintas, fertilizantes, entre outros. Também foi incluída neste setor a atividade de distribuição de combustíveis desenvolvida por postos de gasolina. Da mesma forma que o setor de infraestrutura, a indústria petroquímica e química foi amplamente aberta para agentes privados paralelamente à constituição do campo da regulação da concorrência. No setor de petróleo, por exemplo, a Emenda Constitucional 09 de 1995 rompeu o monopólio estatal sobre esse recurso natural, abrindo caminho para que empresas privadas explorassem petróleo no Brasil. Além disso, pelo menos 22 indústrias controladas pelo estado foram privatizadas neste setor na década de 1990, notadamente nos setores de fertilizantes, como nos casos da Ultrafertil, Arafertil e Fosfertil, ou foram abertas a investidores externos, como no caso de Petrobras.

A grande incidência de concentrações foi notada em outros dois setores que também foram abertos a agentes privados através de medidas de desregulamentação ou privatização. O setor de “Serviços Gerais”, quarto no ranking, compreende uma variedade de atividades, como hospitais e serviços médicos e segurança. Sexto no ranking, a “Indústria Siderúrgica” foi amplamente privatizada na década de 1990. Exemplar desse processo foram as privatizações de nove empresas estatais, como CSN, CST, Usiminas, Forjas Acesita SA, COSIPA e COSINOR.

Entre 1994 e 2010, também conforme a amostra de Miola (2014), a maioria dos atos de concentração decididos pelo CADE implicou a acumulação de capital por agentes estrangeiros, sob a forma de uma empresa estrangeira adquirindo outra empresa estrangeira, ou de uma empresa estrangeira adquirindo uma brasileira. A proporção de concentrações que favoreceram a empresas estrangeiras é maior, no entanto, se forem considerados os movimentos de cooperação entre empresas estrangeiras, ou entre elas e empresas brasileiras: 77,8% dos casos regulado pela autoridade brasileira de concorrência entre 1994 e 2010 envolveram algum tipo de concentração beneficiando empresas estrangeiras²⁹.

Tabela 3. Movimento do capital em atos de concentração (1994-2010)

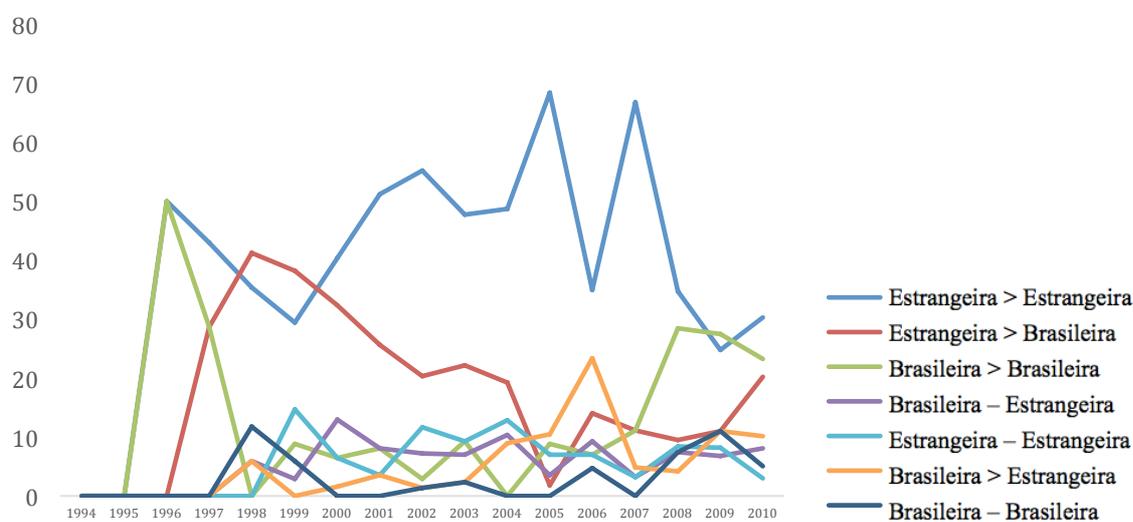
Movimento de concentração	%
Estrangeira > Estrangeira	44
Estrangeira > Brasileira	19
Brasileira > Brasileira	12,7
Brasileira – Estrangeira	7,5
Estrangeira – Estrangeira	7,3
Brasileira > Estrangeira	6,2
Brasileira – Brasileira	3,2
Total	100

Fonte: Miola (2014, p. 338)

²⁹ O símbolo “>” indica que o agente do lado esquerdo incorporou (através de uma aquisição) o agente à direita. O símbolo “-”, por sua vez, significa que os agentes combinaram seu capital, seja sob a forma de uma empresa diferente (através de fusões), seja em joint-ventures.

Desdobrar o movimento do capital em uma série temporal fornece outro conjunto relevante de informações, como indica a figura abaixo. Na maior parte do período de 17 anos analisado na amostra, as aquisições de empresas estrangeiras dominaram as decisões do CADE. Embora as aquisições entre empresas brasileiras estivessem muito presentes nos primeiros anos do período, já em 1997 uma tendência que permeia a tomada de decisão do CADE até 2004 pode ser observada: a maior parte das concentrações beneficiou empresas estrangeiras, seja sob a forma de aquisições, seja em joint-ventures com empresas brasileiras ou com outras empresas estrangeiras. Além disso, dado que a decisão do CADE é sempre posterior ao movimento societário de concentração (podendo levar meses até a promulgação da decisão), o “boom” das concentrações geradas por empresas estrangeiras também coincide com a série de medidas de desregulamentação, liberalização e privatização no Brasil.

Figura 2. Proporção de atos de concentração de acordo com movimento do capital (1994-2010)



Fonte: Miola (2014, p. 339)

Em meados dos anos 2000, no entanto, esta tendência começou a mudar. Em 2005, embora as aquisições envolvendo apenas empresas estrangeiras tenham atingido um pico histórico (68,4% dos atos de concentração decididos pelo CADE), duas novidades podem ser observadas. Por um lado,

outras formas de concentração protagonizadas por empresas estrangeiras tornaram-se menos relevantes, uma vez que as aquisições de firmas brasileiras por estrangeiros caíram de 19,4% em 2004 para praticamente zero em 2005 e as joint-ventures entre empresas brasileiras e estrangeiras diminuíram de 10,3% para 3,5% no mesmo período. Por outro, as empresas brasileiras passaram a ser mais numerosas no polo ativo de concentração, um movimento iniciado já em 2003.

É particularmente interessante que as aquisições de empresas estrangeiras por empresas brasileiras, que eram absolutamente marginais, ganharam espaço em 2003. Em 2006, tornaram-se a segunda principal forma de operação, quando 23,3% das concentrações foram desse tipo. Paralelamente a essa mudança, as aquisições entre empresas brasileiras cresceram quase continuamente a partir de 2004, chegando a ultrapassar as concentrações entre empresas estrangeiras em 2009. Esse é precisamente o período de tensionamento com as políticas neoliberais em vigor desde os anos 1990, em que começaram a surgir políticas governamentais “desenvolvimentistas” de formação de “campeões nacionais”, em que foram dados incentivos às empresas nacionais para concentrarem-se por meio de instrumentos de “política industrial” (Coutinho e Schapiro 2013). Essa mudança também coincide com as graves consequências da crise financeira global, em que as fusões e aquisições globais desaceleraram.

Outro padrão que se observa no perfil do capital que mobiliza o campo antitruste brasileiro é o do país de origem das empresas envolvidas nas operações. Entre as concentrações em que houve transferência definitiva da propriedade acionária (aquisições e fusões), os controladores da empresa que figurava no polo de aquisição da operação tinham origem em 37 países diferentes. No entanto, quase 80% das operações beneficiaram empresas adquirentes de apenas 6 países. Enquanto as empresas brasileiras adquiriram ativos em 25% dessas operações, as empresas sediadas nos Estados Unidos representaram 35,7% das aquisições, seguidas da Alemanha (5,9%), do Reino Unido (4,6%), da França (4,5%) e da Holanda (3,2%). Os dados indicam, portanto,

que a maioria das concentrações envolveu a expansão de empresas de países desenvolvidos³⁰.

Tabela 4. Origem das empresas adquirentes em atos de concentração (1994-2010)

País	%
Estados Unidos	35,7
Brasil	25,7
Alemanha	5,9
Reino Unido	4,6
França	4,5
Holanda	3,2
Espanha	3,1
Canadá	2,5
Itália	2
Suíça	1,6
Japão	1,1
Outros	10

Fonte: Miola (2014, p. 340)

Do lado do capital “adquirido”, empresas cujo capital controlador está baseado em 39 países aparecem nas decisões do CADE. Embora mais diversificada, a distribuição também é altamente concentrada: empresas com sede em 10 países foram aquelas adquiridas em 90% dos casos. As posições, entretanto, são ligeiramente diferentes. As empresas brasileiras estão naturalmente no topo, com quase 40% do capital adquirido, seguidas de empresas dos EUA, com 25,5%³¹.

³⁰ Entre os “Outros” estão principalmente empresas europeias de 8 nacionalidades diferentes, empresas latino-americanas de 6 países e corporações asiáticas de Singapura, China e Índia, nesta ordem. O mais interessante é que, em 1,6% das operações, as empresas adquirentes estão baseadas em países frequentemente considerados paraísos fiscais, como as Ilhas Cayman, Jersey, Bermuda, Antilhas Holandesas e Panamá. Juntos, eles representam a mesma proporção de operações que países como a Suíça, que está classificado entre os “top 10” de países adquirentes. Contudo, é provável que o controle efetivo das empresas com essas origens esteja baseado em outros locais, embora não tenha sido possível confirmar isso a partir das fontes disponíveis.

³¹ Também nesta dimensão as empresas baseadas em paraísos fiscais aparecem em uma quantidade relativamente considerável, se comparadas a países individuais. As empresas com origem declarada nas Bermudas, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens e Bahamas compreendiam 1,5% do capital adquirido.

Tabela 5. Origem das empresas adquiridas em atos de concentração (1994-2010)

País	%
Brasil	38,3
Estados Unidos	25,5
Alemanha	6,9
Reino Unido	5,0
França	4,9
Holanda	3,1
Suíça	2,3
Itália	2,1
Japão	1,4
Canadá	1,1
Outros	9,4

Fonte: Miola (2014, p. 341)

Países que apareceram repetidamente como “adquirentes” também estavam frequentemente no polo passivo da operação. Os dados sobre as origens do capital adquirido e adquirente convergem, portanto, com o que Chesnais (1996) descreve como uma característica distintiva da concorrência na economia globalizada neoliberal: uma intensa transação de capital entre economias avançadas.

Em 40% das operações analisadas pelo CADE no período 1994-2010, a autoridade antitruste reconheceu a existência de algum tipo de concentração, vertical ou horizontal³². Mais de um terço das operações (34,8%) implicou algum tipo de integração horizontal (incluindo ou não integração vertical), em distintos níveis (conforme a Tabela 6). Em 5,6% das operações, embora a concentração horizontal não tenha sido identificada, foi observada a ocorrência de concentração vertical (Miola 2014, p. 342).

³² A integração vertical ocorre quando uma empresa adquire ativos dentro da cadeia de suprimentos nos quais ela é economicamente ativa, por exemplo, quando uma empresa adquira uma das suas fornecedoras de insumos. A integração horizontal, por sua vez, ocorre quando uma empresa adquire ativos no mesmo setor produtivo em que atua, por exemplo, uma concorrente direta. Neste estudo, toma-se como “proxy” de concentração econômica a maior parcela de mercado gerada em todos os mercados relevantes envolvidos em uma operação.

Tabela 6. Níveis de concentração horizontal observados nos atos de concentração (1994-2010)

Nível de concentração gerado pela operação	%
0%	65,2
0,1-20%	19,2
21-40%	8,7
41-60%	4,7
61-80%	1,1
81-100%	1,2
Total	100

Fonte: Miola (2014, p. 343)

Não se observa concentração horizontal na maioria dos casos, especialmente em razão do caráter global (e não nacional) de um grande número de operações³³. Várias dessas operações revelam, também, um processo de chegada de capital estrangeiro ao Brasil, onde empresas estrangeiras não tinham atividades prévias – o que, portanto, não implica concentração horizontal.

4.2 Respostas regulatórias à concentração

A análise das proporções e dos tipos de restrições impostas pelo CADE revelam, por sua vez, que a prática da regulação da concorrência não atacou diretamente a concentração, mas em grande parte a legitimou. No universo de mais de 6 mil decisões proferidas entre 1994 e 2010, em 88,5% o CADE aprovou os atos sem restrições. A segunda forma de decisão mais frequente identificada foi a de “arquivar” o ato de concentração, em 6,4% dos casos³⁴. Em 4,9%, o CADE aprovou a concentração com algum tipo de restrição. Finalmente, no universo de

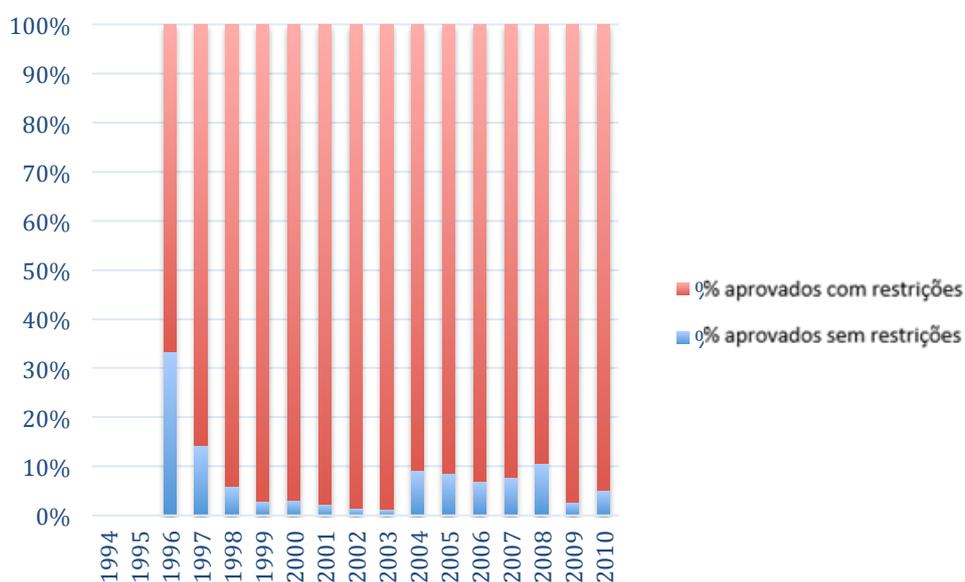
³³ Um estudo mais completo teria de prestar atenção à integração vertical separadamente, pois são especialmente relevantes como um meio de internacionalização da produção (como nas cadeias de suprimento globais).

³⁴ Trata-se de decisões nas quais o CADE não analisou o mérito do ato de concentração por diversas razões, como a “perda de objeto” e a “desistência da operação” pelas empresas. Na prática, o efeito desse tipo de decisão é o mesmo que uma “aprovação sem restrições”, na medida em que a operação é autorizada.

6378 atos de concentrações decididos entre 1994 e 2010, 8 foram rejeitadas (0,1%). O alto número de aprovações sem restrições não deve ser tomado de forma imediata como indício de uma absoluta tolerância em relação à concentração econômica. Isso porque, conforme descrito na Tabela 6 (acima), 65% dos atos submetidos ao CADE não geraram qualquer tipo de concentração horizontal³⁵.

Destrinchando-se a amostra, porém, é possível obter-se dados mais interessantes sobre as respostas regulatórias dadas pelo CADE à concentração econômica. Embora o gráfico abaixo não possa ser tomado como uma representação perfeita dos anos iniciais do CADE (1994 e 1995), uma vez que as decisões do período são um pequeno número para constar na amostra, ele evidencia duas tendências interessantes. A partir de 1996, tem início um processo de contínua queda do número de restrições impostas às concentrações.

Figura 3. Tipos de decisão em atos de concentração (1994-2010)



Fonte: Miola (2014, p. 351)

³⁵ O alto número de casos submetidos ao CADE e com pouco ou nenhum impacto concorrencial foi atribuído, historicamente, à redação da Lei 8.884 de 1994, que obrigava a submissão de atos sem potencial anticoncorrencial. Uma das alterações promovidas pela Lei 12.529 foi precisamente restringir o perfil das operações que devem ser submetidas obrigatoriamente ao CADE.

Uma possível explicação para este fenômeno é que, precisamente em 1996, foi nomeado para o CADE (Miola 2014) um grupo de conselheiros muito mais alinhado com as ideias dominantes de liberalização e desregulamentação do que seus predecessores. Os novos reguladores eram, na sua maioria, economistas da tradição da nova economia institucional e advogados de negócios que concebiam o direito da concorrência de uma forma muito mais compatível com a concentração³⁶. O gráfico também ilustra como o padrão de tomada de decisão iniciado em meados de 1996 ficou relativamente estável ao longo do tempo – o que também pode estar relacionado com a domínio de agentes com o perfil descrito no CADE (como demonstrado em Miola 2014, p. 255-300).

Várias das operações submetidas ao CADE foram legalizadas, muito embora mantivessem altos níveis de concentração, devido a uma compreensão dominante de que, uma vez que não representavam integrações horizontais, constituíam uma mera “substituição de agentes”³⁷. Um argumento semelhante foi identificado no que diz respeito a atos de concentração envolvendo privatizações, em que os monopólios estatais foram transferidos para particulares³⁸. Neste sentido, as novas fronteiras de acumulação abertas pelas medidas de liberalização, desregulamentação e privatização foram, em grande medida, confirmadas pela regulação da concorrência. Além disso, o CADE endossou largamente operações envolvendo empresas que mantiveram posições próximas a ou de efetivo oligopólio ou monopólio quando as operações

³⁶ Embora a nova economia institucional (NEI) tenha se afirmado como uma linhagem específica de teoria econômica por meio da crítica do que considera serem suposições irrealistas da economia neoclássica - como ilustram as obras de Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North – ainda compartilha “atributos básicos da abordagem neoclássica dominante”, como a “ênfase no comportamento auto-interessado e racional e a negligência do papel do poder em moldar a evolução das instituições” (Burlamarqui et al 2000, p x). Como sustenta Chang (2002, p.547), uma premissa comum à NEI e à economia neoclássica é a “suposição de primazia de mercado”, que compreende a intervenção do estado como substituto artificial da instituição “natural” do mercado. O famoso adágio cunhado por Williamson (1975, p.21) – “no início havia mercados” - é ilustrativo de tal suposição.

³⁷ Exemplos de tais casos são os atos de concentração n. 11/1994, 08012.005226/1998-57 e 188/1997, nos quais empresas estrangeiras compraram empresas brasileiras, implicando níveis de concentração de 65%, 50% e 38%, respectivamente, mas nenhuma variação na participação de mercado (Miola 2014, p. 368).

³⁸ Neste contexto, a transferência do controle estatal de um sector econômico para um agente privado foi frequentemente encarada como uma “operação pró-competitiva”, como ilustram os extratos do parecer do relator emitidos no ato de concentração 53500.002120/1998. Para ele, nenhuma “modificação no nível de concentração” foi detectada nesse caso, embora a empresa privatizada detivesse 65% do mercado.

não implicavam um aumento do poder de mercado, mas apenas uma transferência de propriedade de uma empresa monopolista ou oligopolista a outra que passava a sê-lo.

A Figura 3 indica, porém, que em 2004 ocorreu um aumento no nível de restrições, o que também pode ser notado no universo de decisões. A partir daquele ano até 2008, a média anual de restrições na amostra foi de 8,6%, e nunca abaixo de 7%, chegando a atingir 10,6%. Essa informação deve ser tomada com cautela. Devido ao pequeno número de casos aprovados com restrição, não é seguro inferir que, nesse período, o CADE se tornou mais restritivo à concentração econômica. Como o número de casos aprovados com restrições no universo de decisões é muito baixo, um único caso corresponde a uma alta porcentagem do total de casos restritos na amostra³⁹. Assim, a adição de um caso pode aumentar substancialmente a proporção de casos restritos em um ano. No entanto, é justamente a partir de 2004, e mais intensamente em 2008, que o perfil dos conselheiros voltou a mudar no CADE. Economistas alinhados à economia do desenvolvimento (crítica ao neoliberalismo) e advogados de uma vertente distinta começaram a ser nomeados, o que pode explicar uma prática regulatória mais restritiva (Miola 2014, p.300-311).

No geral, contudo, não apenas as restrições foram impostas em uma minoria de casos que geraram algum tipo de concentração, mas também a imposição de condições *substantivas* que afetam a estrutura do poder econômico concentrado foi ainda mais rara. Tradicionalmente, identificam-se dois tipos de restrição no direito da concorrência. Algumas restrições (ou “remédios”, no jargão concorrencial) são consideradas “estruturais” quando elas afetam a estrutura proprietária das empresas envolvidas na operação. Essas restrições compreendem, por exemplo, a determinação de que uma empresa, para que tenha o ato de concentração aprova, transfira certos direitos de propriedade sobre ações a outra empresa. Outras possibilidades são, também, a

³⁹ O aumento da proporção de restrições também pode estar relacionado a outra razão: vários dos atos de concentração restringidos entre 2004 e 2008 estavam ligados a um único fenômeno econômico. Por exemplo, a amostra analisada compreende 74 casos decididos em 2004, dos quais 30 foram aprovados com restrições. Destes 30, no entanto, 14 atos de concentração eram operações mobilizadas por uma única empresa que produz elevadores e presta serviços de manutenção - Elevadores do Brasil Ltda, controlada pela firma Elevadores Otis Ltda, que, por sua vez, pertencia ao grupo americano United Technologies CO. A empresa americana adquiriu contratos de prestação de serviços de várias pequenas empresas brasileiras, gerando uma série de atos de concentração.

determinação da cisão de empresas ou da venda de direitos de propriedade intelectual. Outros “remédios” são chamados “comportamentais”, já que impõem restrições ao *exercício* desses direitos (não à sua propriedade). Por exemplo, quando o CADE determina medidas que modificam o relacionamento com consumidores finais, que estabelecem compromissos de fornecimento, ou que impõem restrições a preços predatórios e que impedem o uso de contratos exclusivos e/ou de longo prazo para que o ato seja aprovado.

Como indica a Tabela 7, com base na amostra de casos em que houve algum tipo de restrição, em apenas 11,5% dos casos restringidos pelo CADE a concentração do mercado foi combatida através da imposição de medidas de desconcentração. Isso significa que, enquanto 94,7% de todas as concentrações econômicas da amostra foram aprovadas sem condições, 4,7% receberam restrições comportamentais e 0,6% delas foram limitadas na sua estrutura de concentração.

Tabela 7. Tipos de restrição em atos de concentração (1994-2010)

Tipos de restrição	%
Comportamentais	88,5
Estruturais	11,5

Fonte: Miola (2014, p. 358)

Os dados coletados por Cabral e Mattos (2016) confirmam esta tendência em relação ao universo de concentrações reguladas pelo CADE até 2013. Os autores observam que em apenas 4 anos de todo o período (2003, 2005, 2009 e 2012), a proporção de casos envolvendo condições estruturais superou a de restrições comportamentais. Todos esses anos apontados por Cabral e Mattos (2016) são parte do período *posterior* ao maior alinhamento entre o direito da concorrência e as ideias neoliberais dos conselheiros do CADE. Novamente, essa mudança é paralela, ainda, ao que alguns autores descrevem como uma mudança mais ampla na formulação de políticas, daquela de “neoliberalismo moderado” a um modelo de maior intervencionismo econômico caracterizado como “novo ativismo estatal” (Coutinho e Schapiro 2013, Trubek,

et al 2013) ou “novo estado desenvolvimentista” (Boschi 2010, Bresser-Pereira 2010), especialmente a partir de 2006⁴⁰.

Os dados relativos aos tipos de restrições impostas indicam, portanto, uma “preferência institucional” por restrições comportamentais, no lugar de imposições que afetam a estrutura do mercado. Como se depreende da Tabela 8, abaixo, com base na amostra, mesmo nos mais altos níveis de concentração, a maioria das operações foi aprovada sem questionar-se a participação de mercado gerada por ela. Além disso, na grande maioria dos casos em que as empresas receberam uma condição comportamental, foram obrigadas a realizar pequenos ajustes contratuais que não afetaram a concentração real do mercado, como as chamadas “cláusulas de não concorrência”⁴¹.

Tabela 8. Tipos de restrição em atos de concentração de acordo com o nível de concentração do mercado (1994-2010)

Nível de concentração gerado pelo ato	% com restrições comportamentais	% com restrições comportamentais excluindo-se “cláusula de não-concorrência”	% com restrições estruturais
0-20%	4,2	0,0	0,0
21-40%	11,8	2,6	0,0
41-60%	12,5	2,7	2,5
61-80%	11,1	11,1	11,1
81-100%	30,0	20,0	30,0

Fonte: Miola (2014, p. 361)

Além disso, a ausência de qualquer tipo de restrição estrutural em níveis de até 40% de concentração revela que o CADE na prática “legaliza” qualquer concentração econômica dentro desse limite. Assim, embora a indicação legal

⁴⁰ Diz-se que o novo modelo questiona muitas das suposições neoliberais sobre o mercado livre. Curiosamente, porém, no que diz respeito ao direito da concorrência, também pode ter uma abordagem “concentracionista”, como a política de formação de “campeões nacionais” parece indicar. Uma possível diferença, a ser avaliada em outro estudo, é que a concentração é considerada como sendo instrumental para o desenvolvimento e promovida em setores selecionados e para empresas específicas, as de origem nacional.

⁴¹ Trata-se de ajustamentos na chamada “cláusula de não concorrência”, cláusulas contratuais frequentemente assinadas entre os agentes envolvidos em uma concentração econômica que determinam um período de tempo e/ou uma determinada região geográfica em que o agente adquirido se absterá de desenvolver a mesma atividade econômica que está sendo adquirida. O CADE determinou, em vários casos, a redução temporal da cláusula e ajustes no seu escopo geográfico.

formal de posição dominante seja de 20% de participação de mercado⁴², a ideia de 40% como uma proporção que não gera preocupações antitruste foi instituída na prática regulatória. Esse foi precisamente o limite que os agentes que atuaram na reforma da regulação da concorrência nos anos 1990 mais alinhados com o pensamento econômico neoliberal queriam estabelecer na lei (Miola 2014, p.217-233). Mais importante, a análise dos tipos de restrição impostos revela que, mesmo em níveis elevados de concentração, as medidas que afetam a estrutura da concentração foram largamente minoritárias, correspondendo a 2,5% dos casos em níveis entre 40 e 60% e a 30% no estrato mais alto. Ou seja, em qualquer cenário, a imposição de medidas estruturais é absolutamente excepcional na prática regulatória do CADE.

A tendência à tolerância da concentração é confirmada, ainda, pela análise dos únicos 8 casos reprovados pelo CADE no universo de decisões proferidas entre 1994 e 2010 – e não apenas porque compõem uma proporção quase irrelevante dos atos de concentração decididos. Como mostra a Tabela 9, todos esses atos implicaram níveis de concentração acima de 60%, e 5 deles implicavam concentrações acima de 80%.

Tabela 9. Atos de concentração reprovados (1994-2010)

Ano da decisão	Setor econômico	Movimento do capital	Nível de concentração gerado (%)
1994	Indústria de Produtos Minerais Não-Metálicos	Brasileira – Brasileira	68,0
1994	Indústria Automotiva e de Transportes	Estrangeira > Estrangeira	95,5
2000	Agricultura	Brasileira – Brasileira	85,0
2000	Agricultura	Brasileira – Brasileira	70,0
2004	Food Industry	Estrangeira > Brasileira	100,0
2008	Indústria de Produtos Minerais Não-Metálicos	Estrangeira – Estrangeira	98,0
2009	Serviços Gerais	Brasileira – Brasileira	100,0
2010	Indústria de Produtos Minerais Não-Metálicos	Brasileira > Brasileira	71,0

Fonte: Miola (2014, p. 363)

⁴² Artigo 20, § 3º da lei 8.884 de 1994, posteriormente reproduzido pelo Artigo 36, § 2º da lei 12.529 de 2011.

A extensão real das rejeições, que já é mínima se comparada com o universo de decisões, pode, contudo, ser melhor apreendida se forem levadas em conta algumas especificidades envolvidas em pelo menos 6 dessas operações. Por exemplo, dois dos casos reprovados foram decididos no primeiro ano de aplicação da lei reformada de 1994⁴³. Um deles foi precisamente o primeiro ato de concentração apresentado ao CADE. Naquele momento, o CADE era composto por advogados e economistas de perfil considerado mais tradicional (por oposição ao que era percebido como a modernidade ideológica da década de 1990). O Conselho foi duramente criticado por seu intervencionismo “excessivo” – justamente por não estar alinhado com o consenso ideológico da liberalização, o que aconteceria somente depois de 1996, devido a uma nova composição de conselheiros (Miola 2014). Essas decisões resumiam, na opinião de muitos dos críticos, o caminho errôneo que o direito da concorrência estava tomando logo em seus primeiros anos de vida.

A prática regulatória do CADE entre 1994 e 1995 era percebida como equivocada justamente por interferir “excessivamente” na concentração empresarial, reprovando-a, em direção oposta às tendências então vigentes de liberalização dos mercados. Ou seja, essas reprovações, uma vez que são duramente criticadas pela visão dominante no direito concorrencial, podem ser vistas como uma confirmação às avessas da tolerância à concentração econômica que passou a hegemonizar o Conselho a partir de então. O “conserto” da prática viria em 1996, com uma nova composição do CADE, dessa vez mais alinhada aos fundamentos do pensamento neoliberal sobre concorrência e concentração – precisamente o período em que se intensificam a liberalização e as privatizações e que, conforme ilustrado acima, se observa uma redução considerável nas reprovações e imposição de restrições à concentração.

Outros dois atos de concentração decididos após 1996 também tiveram contornos especiais. Foram duas operações envolvendo produtores de álcool combustível extraído da cana-de-açúcar. Uma delas, apresentada ao CADE em março de 1999, propôs a criação de uma joint-venture denominada “Brasil-Álcool SA”, que seria responsável pela coordenação da exportação de açúcar e

⁴³ O primeiro foi a aquisição de duas empresas brasileiras no setor de telhas (Eternit e Brasilit) e a segunda foi uma operação internacional por meio da qual a Álbarus S.A. Indústria e Comércio adquiriu a Rockwell do Brasil SA, ambas filiais de dois conglomerados norte-americanos.

álcool de 84 empresas brasileiras, implicando uma concentração de 70% mercado nacional⁴⁴. A outra operação, apresentada ao CADE em maio de 1999, abrangia um “acordo” assinado por 181 empresas brasileiras do setor para submeter a comercialização de álcool combustível exclusivamente a uma empresa que estava sendo criada com essa finalidade, a “Bolsa Brasileira do Álcool”, e levava a uma concentração de 85% do mercado nacional⁴⁵.

As duas operações encarnavam uma estratégia da indústria brasileira de álcool – proprietários de terra e produtores de cana-de-açúcar – para enfrentar os efeitos das políticas de desregulamentação e liberalização que estavam sendo implementadas desde o início dos anos 1990, e mais intensamente no final da década⁴⁶. A ideia subjacente aos dois atos de concentração era, basicamente, a de garantir a “sobrevivência” das empresas às medidas. O primeiro consistia na criação de um “cartel oficial” e o segundo visava instituir um mecanismo de administração de preços pelos próprios agentes do mercado. A empresa montada para esse fim em 1999 teria duração limitada: até abril de 2000 (o prazo poderia prorrogar até abril de 2001).

Os dois atos de concentração foram rejeitados pelo CADE em novembro de 2000, depois de mais de um ano e meio cada da data em que foram submetidos. Enquanto isso, o “cartel oficial” vigorou, atingindo seus objetivos de administrar a produção e de recuperar os preços atingidos duramente pela desregulamentação e pela competição internacional. Dessa forma, embora esses atos de concentração sejam considerados casos “rejeitados” no histórico de decisões do CADE, na prática, podem ser vistos como casos que produziram seus efeitos e não foram efetivamente questionados pela regulação.

Em 2004 e em 2009, dois outros casos rejeitados pelo CADE continham idiossincrasias que merecem destaque. O primeiro foi a aquisição, pela empresa

⁴⁴ Ato de concentração 08012.002315/1999-50.

⁴⁵ Ato de concentração 08012.004117/1999-67.

⁴⁶ Em 1975, após a crise do petróleo de 1973, o estado brasileiro passou a subsidiar o desenvolvimento do álcool combustível como alternativa ao fornecimento de derivados do petróleo, principalmente o gás. Os preços foram administrados, e as exportações de açúcar e álcool, por exemplo, controladas por um órgão governamental chamado “Instituto do Açúcar e Álcool” (IAA). Em 1990, dentre as várias medidas tomadas para abolir mecanismos de controle de preços, foi determinada a extinção do IAA. Em 1991, foram liberalizados vários preços anteriormente administrados, dentre os quais o do setor de cana-de-açúcar. Somente em 1998, contudo, o movimento seria concluído: determinou-se que os preços do açúcar, da cana-de-açúcar e do álcool fossem totalmente liberalizados em 1º de fevereiro de 1999.

suiça Nestlé, da indústria brasileira de chocolates Garoto⁴⁷. Submetido em 2002, o ato de concentração foi rejeitado pelo CADE em 2004, dando início a uma batalha judicial ainda não resolvida. Na prática, até agora, a decisão de 2004 não foi aplicada. O outro caso, de 2009, tratou da transferência de clientes de seguros de saúde e de contratos de aluguel de um hospital localizado em uma cidade do interior do Rio Grande do Sul para uma cooperativa médica local⁴⁸. O que é interessante neste caso é que os 100% da concentração de mercado que o CADE observou ao impor a rejeição referiam-se ao mercado de um único município com menos de 300 mil habitantes. Trata-se, portanto, de uma dimensão extremamente localizada, não de uma integração de âmbito mais vasto ou de impactos econômicos mais elevados.

Os dados do caso brasileiro ilustram que, de 1994 a 2010, o poder econômico foi regulado, no geral, de forma compatível – e não contraditória – com a compreensão neoliberal sobre como deve ocorrer a concorrência, isto é, o quão grande as empresas podem ser e, por conseguinte, como a economia deve funcionar. Focado em um caso específico, essa descrição converge, entretanto, com tendências similares de tolerância às concentrações observadas em outras partes e no mesmo período histórico, tal como documentado nos EUA (Davies, 2010) e na União Européia (Levy 2003, Wigger e Buch-Hansen 2016, neste volume)⁴⁹.

5. Conclusões

Em um estudo clássico da história jurídica e política americana, Martin J. Sklar (1988) oferece uma deslumbrante desmistificação dos papéis exercidos por um dos pilares do direito norte-americano contemporâneo: o direito antitruste. Neste livro, diseca o surgimento e o desenvolvimento da “questão antitruste” entre o final do século XIX e o início do século XX. Sklar (1998, p.1) revela que a promulgação da Lei Sherman envolveu “essencialmente a passagem do

⁴⁷ Ato de concentração 08012.001697/2002-89.

⁴⁸ Ato de concentração 08012.008853/2008-28.

⁴⁹ Tal como descrito por Levy (2003, p. 199), durante os anos 90, a autoridade Europeia da concorrência analisou mais de 2000 atos de concentração e aprovou sem condições 90% delas, impôs restrições a outros 7% e rejeitou apenas 3%. Da mesma forma, segundo Cabral (2014, p. 36), entre 1994 e 2013, a proporção de casos restritos é de 6%.

capitalismo estadunidense de uma fase competitiva a uma fase empresarial”. Ele argumenta que, embora a Lei Sherman originalmente refletisse uma luta para controlar o poder das grandes empresas, ela nunca buscou efetivamente *abolir* as grandes corporações e a concentração de capital (Sklar 1988, p.109). Sua aplicação pelos tribunais foi, em realidade, ainda mais longe em legitimar e apoiar a consolidação do capitalismo corporativo americano, que demandava estruturas concentradas.

No final da década de 1980, quando o livro de Sklar estava sendo publicado, uma nova onda de transformação estava ocorrendo, dessa vez em escala global, afetando os dois pilares de sua pesquisa: o capitalismo e o direito. A economia e o estado foram submetidos a um intenso processo de reforma, muitas vezes definido como neoliberalismo. Acompanhando essa tendência, especialmente a partir da década de 1990, surgiram mecanismos de regulação e novas formas de governança econômica. O direito da concorrência voltou a ocupar um lugar de destaque. Trinta anos depois do início desse processo, e mais de cem anos após a promulgação da Lei Sherman, este artigo abordou uma questão que é bastante semelhante àquela que motivou Sklar: como explicar a “questão antitruste”? Em outras palavras, como o direito da concorrência se relaciona com a nova reconstrução global do capitalismo mobilizada pelo neoliberalismo?

Considerar a conexão entre o direito da concorrência e o neoliberalismo como uma “agenda oculta” da prática da regulação da concorrência, ou como o “fracasso” de uma reforma jurídica, ou ainda como uma aplicação “corrupta” da lei é de pouca ajuda para compreendê-la. Por que, então, como argumentei neste artigo a partir do exemplo brasileiro, a regulação do poder econômico, tal como ocorreu, favoreceu ao neoliberalismo? Um possível candidato a responder a esta pergunta – não exatamente atraente – é que o direito simplesmente responde à dinâmica de poder e ao interesse econômico, sem mediação. É claro que poder econômico e direito estão relacionados na formulação da regulação e na sua aplicação. Mas daí não decorre, necessariamente, que eles estejam inteiramente submetidos um ao outro.

Uma explicação alternativa do alinhamento entre direito da concorrência e neoliberalismo foi apontada, ainda que não aprofundada, ao longo do artigo:

as ideias jurídicas e econômicas que dominaram a aplicação da regulação concorrencial. Conforme descrito na seção 3, essas ideias formam uma interpretação genuína que defende a concentração como algo desejável (ou mesmo inevitável) para uma economia complexa e que dominou a produção regulatória. Este conjunto de ideias – como quaisquer outras neste campo regulatório – converge com certos interesses políticos e econômicos que, no caso, são principalmente aqueles das empresas que se concentram. Além disso, a conjuntura política e os processos econômicos mais amplos podem ser menos ou mais favoráveis ao surgimento e afirmação dessas ideias.

Essa explicação parece ser mais adequada para se entender a convergência do direito da concorrência com o neoliberalismo também porque não cai no perigoso buraco da inevitabilidade. A forma de aplicação do direito da concorrência, como descrita neste artigo, não é predeterminada ou necessária. Se essa aplicação é produto de uma certa maneira de compreender-se a concorrência e o poder econômico, então um conjunto diferente de ideias pode implicar mudanças no direito produzido (como, aliás, revelam os indícios apresentados no texto sobre o paralelo surgimento do “novo estado desenvolvimentista”, de uma nova composição no CADE e de uma diferente tendência nas decisões do CADE sobre concentrações econômicas). O mapeamento das ideias que historicamente dominaram a aplicação do direito da concorrência no Brasil, de quem são os seus portadores e quais são as forças políticas e econômicas com que se relacionam seria uma contribuição para avaliar a aderência dessa hipótese.

Referências:

Aguillar, Fernando H., and Diogo R. Coutinho. 2012. "A evolução da legislação antitruste no Brasil." *Revista de Concorrência e Regulação* 7-8(Jul - Dec):139-60.

Anuatti-Neto, Francisco, Milton Barossi-Filho, Antonio Gledson de Carvalho, and Roberto Macedo. 2005. "Os Efeitos da Privatização sobre o Desempenho Econômico e Financeiro das Empresas Privatizadas." *Revista Brasileira de Economia* 59(2):151-75.

Aydin, Umut. 2010. "The International Competition Network: Cooperation And Convergence In Competition Laws." *Rekabet Degisi (Competition Journal)* 11(3):51-78.

Azpiazu, Daniel, and Eduardo Basualdo. 2004. "Las privatizaciones en la Argentina. Genesis, desarrollo y principales impactos estructurales." Pp. 1-47 in *Las privatizaciones en la Argentina. Genesis, desarrollo y principales impactos estructurales*, edited by Daniel Azpiazu and Eduardo Basualdo. Buenos Aires: FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Boschi, Renato. 2010. "Estado Desenvolvimentista no Brasil: continuidades e incertidumbres." in *The Brazilian State: Paths and Prospects of Dirigisme and Liberalization*. Bildner Center for Western Hemisphere Studies, CUNY - New York.

Braithwaite, John. 2005. "Neoliberalism or regulatory capitalism." Pp. 1-43 in *Regulatory Institutions Network - Occasional Paper*. Canberra: Australian National University.

—. 2008. *Regulatory Capitalism. How it Works, Ideas for Making it Work Better*. Cheltenham: Edward Elgar.

Bresser-Pereira, Luiz Carlos. 2010. "Novo desenvolvimentismo: uma proposta para a economia do Brasil." *Nueva Sociedad Edición Especial em Português*:58-72.

Burlamarqui, Leonardo, Ana Célia Castro, and Ha-Joon Chang. 2000. "Introduction." in *Institutions and the role of the state*, edited by Leonardo Burlamarqui, Ana Célia Castro, and Ha-Joon Chang. Cheltenham: Edward Elgar.

Cabral, Patricia e Mattos, Cesar. 2016. Remédios em Atos de Concentração: uma análise da prática do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 1, p. 57-94.

CADE. 2007. "Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil." edited by Conselho Administrativo de Defesa Econômica. São Paulo: CIEE.

Campbell, John L., and Ove K. Pedersen. 2001. "Introduction: the rise of neoliberalism and institutional analysis." Pp. 1-23 in *The rise of neoliberalism and institutional analysis*, edited by John L. Campbell and Ove K. Pedersen. Princeton: Princeton University Press.

Chang, Ha-Joon. 2002. "Breaking the mould: an institutionalist political economy alternative to the neo-liberal theory of the market and the state." *Cambridge Journal of Economics* 26:539-59.

Considera, C., and P. Corrêa. 2002. "The Political Economy of Antitrust in Brazil: from Price Control to Competition Policy." in *Fordham Conference on Competition Policy*. New York.

Considera, Claudio. 2005. "Uma breve história da defesa da concorrência." *Textos para discussão - UFF Economia* 178(October).

Chesnais, François. 1996. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã.

Coutinho, Diogo and Schapiro, Mario. 2013. *Economia Política e Direito*

Econômico: do desenvolvimento aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: Costa, José A. Et al (orgs.). Teoria e Experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Vol. 1, São Paulo: Malheiros.

Crouch, Colin. 2011. *The strange non-death of neoliberalism*. Cambridge: Polity Press.

Davies, William. 2010. "Economics and the 'nonsense' of law: the case of the Chicago antitrust revolution." *Economy and Society* 39(1):64-83.

—. 2014. *The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*. London: SAGE.

Deranyiagala, Sonali. 2005. "Neoliberalism in international trade: sound economics or a question of faith?" Pp. 99-105 in *Neoliberalism: a critical reader*, edited by Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston. London: Pluto Press.

Duménil, Gérard, and Dominique Lévy. 2005. "Costs and Benefits of Neoliberalism: A Class Analysis." in *Financialization and the World Economy*, edited by Gerald A. Epstein. Aldershot: Edward Elgar.

Edelman, Lauren, and Mark Suchman. 1997. "The legal environments of organizations." *Annual Review of Sociology* 23:479-515.

Eisner, Marc Allen. 1991. *Antitrust and the triumph of economics: institutions, expertise, and policy change*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Esquirol, Jorge. 2011. The Latin American Tradition of Legal Failure. *Comparative Law Review*, v. 2, p. 1-19.

Filgueiras, Luiz. 2006. "O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico." Pp. 179-206 in *Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales*, ed. by Basualdo, E. and Arceo, E.. Buenos Aires: CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Forgioni, Paula. 2005. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Freyer, Tony. 1992. *Regulating Big Business: Antitrust in Great Britain and America, 1880-1990 (Kindle version)*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gilardi, Fabrizio, Jacint Jordana, and David Levi-Faur. 2006. "Regulation in the Age of Globalisation: The Diffusion of Regulatory Agencies Across Europe and Latin America." Pp. 127-47 in *Privatisation and market development: global movements in public policy ideas*, edited by Graeme Hodge. Cheltenham: Edward Elgar.

Halliday, Terence C., and Pavel Osinsky. 2006. "Globalization of law." *Annual Review of Sociology* 32(1):447-70.

Harvey, David. 2007. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press.

Hovenkamp, Herbert J. 2010. "Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis." in University of Iowa Legal Studies Research Paper: University of Iowa, College of Law.

Jordana, Jacint, and David Levi-Faur (Eds.). 2004a. *The politics of regulation : institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

—. 2004b. "The politics of regulation in the age of governance." Pp. 1-30 in *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*, edited by Jacint Jordana and David Levi-Faur. Cheltenham: Edward Elgar.

—. 2005. "The diffusion of regulatory capitalism in Latin America: sectoral and national channels in the making of a new order." *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 598:102-24.

Jordana, Jacint, David Levi-Faur, and Xavier Fernández i Marín. 2011. "The global diffusion of regulatory agencies: channels of transfer and stages of diffusion." *Comparative Political Studies* 44(10):1343-69.

Kotz, David M. 2002. "Globalization and Neoliberalism." *Rethinking Marxism* 12(2):64-79.

Levi-Faur, David. 2005. "The global diffusion of regulatory capitalism." *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 598:12-32.

Levy, N. 2003. 'EU Merger Control: From Birth to Adolescence', *World Competition* 26: 195-218.

Martinez, Ana Paula. 2011. "Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil." Pp. 23-67 in *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*, edited by Celso Campilongo. São Paulo: Singular.

Miola, Iagê. 2014. "Law and the Economy in Neoliberalism: the Politics of Competition Regulation in Brazil". in "Renato Treves" International PhD in Law and Society. Milan: University of Milan.

Mirowski, Philip. 2009. "Postface: Defining Neoliberalism." Pp. 417-56 in *The road from Mont Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective*, edited by Philip Mirowski and Dieter Plehwe. Cambridge: Harvard University Press.

Mirowski, Philip, and Dieter Plehwe. 2009. *The road from Mont Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective*. Cambridge: Harvard University Press.

Moura e Silva, Miguel. 2007. *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Lisboa: Almedina.

Munck, Ronaldo. 2005. "Neoliberalism and politics, and the politics of neoliberalism." Pp. 60-69 in *Neoliberalism: a critical reader*, edited by Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston. London: Pluto Press.

Naím, Moisés, and Joseph S. Tulchin. 1999. *Competition policy, deregulation, and modernization in Latin America*. Colorado: Lynne Rienner.

Nascimento, Ruy Coutinho do. 2012. "Quatro momentos do antitruste no Brasil." Pp. 187-94 in *A nova lei do CADE*, edited by Laércio Farina. Ribeirão Preto: Migalhas.

Nelken, David. 1981. "The "gap problem" in the sociology of law: a theoretical review." *Windsor Yearbook of Access to Justice* 35(1):35-61.

—. 1984. "Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law." *Legal Studies* 4(2):157-74.

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

Peña, Julián. 2006. "Competition policies in Latin America, post-Washington Consensus." Pp. 732-57 in *Handbook of research in trans-Atlantic antitrust*, edited by Philip Marsden. Cheltenham: Edward Elgar.

Picciotto, Sol. 2011. *Regulating global corporate capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

—. 2016. "Capitalismo corporativo e a regulação internacional da concorrência." *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, 2016, pp. 530-560.

Plehwe, Dieter. 2009. "Introduction." Pp. 1-44 in *The road from Mont Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective*, edited by Philip Mirowski and Dieter Plehwe. Cambridge: Harvard University Press.

Rocha, Frederico, and David Kupfer. 2002. "Structural Changes and Specialization in Brazilian Industry: The Evolution of Leading Companies and the M&A Process." *The Developing Economies* XL(4):497-521.

Saad-Filho, Alfredo, and Deborah Johnston. 2005. "Introduction." in *Neoliberalism: a critical reader*, edited by Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston. London: Pluto Press.

Salgado, Lucia Helena. 2004. "A defesa da concorrência no Brasil: retrospecto e perspectivas." Pp. 359-83 in *Reformas no Brasil: balanço e agenda*, edited by Fabio Giambiagi, José Guilherme Reis, and André Urani.

Salomão Filho, Calixto. 2007. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros.

Sassen, Saskia. 2008. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*. Princeton: Princeton University Press.

Schieber, Benjamin. 1966. *Benjamim. Abusos do Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)*. RT: São Paulo.

Schneiderman, David. 2008. *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*. Cambridge: Cambridge University Press.

Schultz, Luiz Fernando. 2009. "A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência." *Revista do IBRAC* 16(1).

Shaikh, Anwar. 2005. "The economic mythology of neoliberalism." Pp. 41-49 in *Neoliberalism: a critical reader*, edited by Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston. London: Pluto Press.

Sklar, Martin J. 1988. *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The Market, the Law, and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Suchman, Mark, and Lauren Edelman. 1996. "Legal rational myths: the new institutionalism and the law and society tradition." *Law & Social Inquiry* 21(4):903-41.

Todorov, Francisco Ribeiro, and Marcelo Maciel Torres Filho. 2012. "History of competition policy in Brazil: 1930-2010." *The Antitrust Bulletin* 57(2):207-57.

Toporowski, Jan. 2005. "'A heaven of familiar monetary practice': the neoliberal dream in international money and finance." Pp. 106-12 in *Neoliberalism: a critical reader*, edited by Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston. London: Pluto Press.

Treves, Renato. 2004. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. Barueri: Manole.

Trubek, David, Diogo R. Coutinho, and Mario G. Schapiro. 2013. "Toward a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions." *World Bank Law Legal Review* 4:281-314.

Türem, Ziya Umut. 2010. "Engineering neoliberalism in the global South: politics of competition and regulatory reform in Turkey." *PhD Dissertation*. Institute for Law and Society. New York: New York University.

—. 2016. "'The market' unbound: neoliberalism, competition laws and post territoriality." *Journal of International Relations and Development* 19(2):242-62.

Twining, William. 2005a. "Diffusion of law: a global perspective." *Journal of Legal Pluralism* 49:1-45.

—. 2005b. "Social science and diffusion of law." *Journal of Law and Society* 32(2):203-40.

—. 2006. "Diffusion and globalization discourse." *Harvard International Law Journal* 47(2):507-15.

Van Horn, Rob. 2009. "Reinventing Monopoly and the Role of Corporations: The Roots of Chicago Law and Economics." Pp. 204-37 in *The road from Mont Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective*, edited by Philip Mirowski and Dieter Plehwe. Cambridge: Harvard University Press.

Wigger, Angela. 2008. "Competition for competitiveness: the politics of the transformation of the EU Competition Regime." Universiteit Amsterdam.

Wigger, Angela and Buch-Hansen, Hubert. 2016. A ascensão da regulação concorrencial de caráter neoliberal na Comunidade Europeia. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n.4, 2016, pp. 610-642.

Williamson, Oliver E. 1975. *Markets and Hierarchies*. New York: Free Press.

Sobre o autor:

Iagê Zendron Miola

Doutor em Direito pela Università degli Studi di Milano. Professor da Universidade São Judas Tadeu (USJT) e Pesquisador do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap)

E-mail: iagezm@gmail.com.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.