

Atualidades

ALGUMAS IMPLICAÇÕES INSTITUCIONAIS DA RECEPÇÃO DO “PARADIGMA DO BEM-ESTAR SOCIAL” NO ÂMBITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PAULO C. ARAGÃO

e

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

I — Introdução. II — A maximização do bem-estar social como critério de unidade das políticas de regulação de monopólios e de concorrência. III — Bem-estar social como “programa finalístico”: o problema da insegurança jurídica e suas implicações para as decisões de investimento. IV — O necessário aperfeiçoamento do atual modelo institucional.

I — Introdução

O objetivo deste texto é examinar as condições de possibilidade — e os limites — de uma conceptualização jurídica *integrada* das políticas de regulação de monopólios naturais e de concorrência. A colocação do objetivo nestes termos pretende sugerir a existência de candidatos mais ou menos naturais para servir como “paradigma” na referida empreitada conceitual, mas também, de restrições no universo das alternativas disponíveis. Indo direto ao ponto, o que se trata de analisar são as condições de realização, no plano institucional, de uma proposta de integração teórica no tratamento *jurídico* dos fenômenos da regulação econômica e da defesa da concorrência, cristalizada em torno do objetivo da *maximização do bem-estar social*.

Esta análise será crítica, em um *primeiro* momento, no sentido da identificação de um foco potencial de conflito entre

a “lógica” que governa as atividades, normativamente orientadas, de aplicação de normas jurídicas de natureza “finalística” e a “lógica” que governa as atividades, cognitivamente orientadas, de definição de objetivos de política econômica sob a modalidade específica de normas jurídicas. Disto segue que a perspectiva crítica se constrói, inicialmente, sobre a base de um argumento de caráter *geral*, pois vale diante de toda tentativa de subordinar o trabalho sistematizador do jurista a imperativos funcionais, seja qual for o seu matiz. Neste sentido, o “paradigma do bem-estar” é apenas uma das possíveis formas particulares que pode assumir o problema anteriormente mencionado e a sua escolha tem a ver menos com razões propriamente teóricas ou de princípio do que com motivos práticos relacionados à relativa preeminência na literatura especializada.

Por outro lado, e num *segundo* momento, pretende-se que a análise seja crítica

ca em um sentido *reflexivo*, isto é, que ela alcance também a si mesma. Este aspecto será decisivo para uma diferenciação da abordagem que o presente texto propõe daquela que poderíamos qualificar de “normativismo ingênuo”. Em poucas palavras, este consiste na recusa pura e simples da idéia de que a recepção em massa de argumentos de origem econômica é uma condição absolutamente necessária para a racionalização do discurso jurídico a respeito dos temas da regulação e da concorrência, recusa que se dá em nome de um pseudo-purismo metodológico que virou as costas para os reais problemas enfrentados pelo moderno Estado Democrático de Direito. Desta perspectiva, o *status* privilegiado concedido ao “paradigma do bem-estar” na estratégia de elaboração deste texto se explica pelo seu enorme potencial racionalizador e pela convicção de que a sua eventual “superação” deverá necessariamente assumir a forma de uma reintegração no âmbito de um novo paradigma que atenda, de maneira equilibrada, aos imperativos próprios a cada modalidade de discurso (no caso, os discursos jurídico, econômico e político-econômico).

II — A maximização do bem-estar social como critério de unidade das políticas de regulação de monopólios e de concorrência

O que se está chamando, neste contexto, de “paradigma do bem-estar”, pode ser resumido na idéia de que política regulatória em sentido estrito e política da concorrência estão entre si relacionadas de um modo *complementar*, e que o ponto de vista que garante e, por assim dizer, “calibra” essa relação de complementaridade está dado pelo objetivo da maximização do bem-estar social entendido como *eficiência econômica*. De acordo com esta leitura, tanto a política de regulação de monopólios como a política de defesa da concorrência deveriam orientar-se, em última instância, no “valor” da máxima eficiência

econômica — ainda que de perspectivas diferentes.¹ Com efeito, se o objetivo da política concorrencial é — ou deveria ser — “promover a eficiência” por meio de um controle preventivo (estrutural) e repressivo (comportamental) de exercícios de poder de mercado por parte de agentes econômicos, o objetivo da política regulatória é — ou deveria ser — a “correção” daquelas “imperfeições” ou “falhas” de mercado (no sentido de impedirem que o sistema de mercado desempenhe suas funções alocativas de modo ótimo) que justamente, por uma razão ou outra, não pode se dar via aplicação do direito da concorrência. Entre as mencionadas razões, as mais citadas são as seguintes: externalidades, incentivos para comportamentos oportunistas em razão de assimetrias de informação e, especialmente, a presença de poder de monopólio “estruturalmente” não-eliminável, seja sob a forma de monopólios “legais” (i.e., aqueles criados por meio de norma jurídica), seja sob a forma dos chamados monopólios naturais, que resultam da particular estrutura de custos da indústria em questão, é dizer, sempre que uma única empresa puder produzir a quantidade total de mercado a um custo inferior ao associado à produção dessa mesma quantidade por parte de duas ou mais empresas.

Monopólios naturais dão origem a um peculiar desafio para os defensores de uma concepção sistematicamente integrada das políticas de regulação e de concorrência nos moldes do “paradigma do bem-estar”. De um lado, o estabelecimento de uma pluralidade de empresas em situação de concorrência em mercados com tais características é ineficiente pelos motivos acima expostos; de outro lado, o monopólio natural também é ineficiente, na medida em que — de acordo com a teoria microeconômica convencional — fixa seus preços em níveis superiores aos competitivos (i.e., acima dos

1. V. Carlton e Perloff, *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 1999, em especial os capítulos 19 e 20.

respectivos custos marginais). É a produção de tal ineficiência pelo monopólio natural que, então, vai caracterizar o *problema* que *justifica*, como tentativa de solução, a atividade regulatória do Estado. O desafio está, sob tais condições, em como garantir que a “correção” pelo aparato estatal da ineficiência identificada no caso do monopólio natural não será levada a efeito ao custo de uma geração de *nova* ineficiência, a saber, aquela *produzida* pelo conjunto de medidas em que consiste a regulação do monopólio natural.

Em certo sentido, a preocupação com *este tipo* de ineficiência não é algo restrito à atividade do Estado em matéria de regulação econômica. Também a criação de órgãos e agências dotados de poder normativo e fiscalizador para a aplicação da legislação antitruste somente pode legitimar-se, *do ponto de vista do “paradigma do bem-estar”*, a partir da suposição implícita de que os efeitos líquidos sobre o “bem-estar social” produzidos por tal aplicação não serão negativos, ou seja, que as atividades dos poderes públicos direcionadas à promoção da eficiência nos mercados não serão, elas mesmas, fontes de ineficiências (ou, mais precisamente, de ineficiências quantitativamente “maiores” que aquelas geradas pelo exercício de poder de mercado que se está buscando prevenir ou combater por meio dessas atividades).²

Teoricamente ao menos, a resposta a esse desafio parece ser trivial: as autoridades responsáveis pela implementação, via aplicação do direito, das políticas da concorrência e regulatória, devem ser eficientes no sentido da efetiva realização das correspondentes missões institucionais a um custo social inferior aos benefícios associa-

2. Na verdade, e como atesta uma certa vertente da literatura sobre “law and economics”, esse modo geral de análise se caracteriza por uma espécie de imperialismo potencial, uma vez que *qualquer* instituição jurídica pode ser avaliada na sua adequação como *meio* para a realização do objetivo da maximização da eficiência ou do “bem-estar social”.

dos a essa realização e, especificamente, da não produção de ineficiências *nos mercados* nos quais se verifica a intervenção. Essa trivialidade, no entanto e como anteriormente indicado, é apenas aparente. Isso é fácil de ver já no plano mais superficial da diversidade das formas ou “métodos” de atuação estatal no domínio econômico tendo em vista o objetivo declarado do máximo *social welfare*.

Nas discussões sobre o assunto no campo da política antitruste, as controvérsias têm início, como não poderia deixar de ser, ainda no contexto da própria definição do que seja “bem-estar social”: este é o genuíno *contested concept* em torno do qual se articulam as disputas em relação ao que deve ser, institucionalmente, considerado como *antitrust goal*. Neste particular, as opiniões se dividem entre o time dos que defendem um conceito de bem-estar ou eficiência econômica dissociado de preocupações de natureza distributiva, e o time dos que sustentam que não pode haver bem-estar sem que se impeçam transferências de renda de consumidores a produtores, viabilizadas pelo exercício de poder de mercado por parte dos últimos. Do lado da política regulatória, a situação é mais complexa, dada a coexistência igualitária — ao menos em princípio — de modalidades muito distintas de regulação de monopólios naturais, desde a transferência de propriedade ou controle para o poder público, passando pelas várias formas de controle de preços, a fixação de taxas de retorno e o controle de condutas e de estruturas de mercado.

Ao que indica a literatura, os pressupostos e as implicações relativos à opção por um ou outro conceito de bem-estar social (no jargão do direito concorrencial, por um *antitrust goal*),³ e os efeitos econômi-

3. Para a discussão nos Estados Unidos, cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West Group, 1999, Cap. 1; Oliver Williamson, “Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs”, in *American*

cos, em termos de perdas e ganhos de eficiências, associados aos tradicionais mecanismos de regulação, parecem já ter sido suficientemente estudados de uma perspectiva geral.⁴ Não é e nem poderia ser intenção deste texto discuti-los em alguma profundidade, ou mesmo, propor uma descrição resumida — e minimamente informativa — dos pontos altos dos correspondentes debates. A limitação de espaço, a quantidade e a heterogeneidade dos argumentos envolvidos recomendam um posicionamento mais distanciado em relação a esse tema. No que segue, portanto, a atenção estará limitada às conseqüências e, sobretudo, aos problemas relacionados à transposição, pura e simples, do “modo de pensar” que é característico das discussões *político-econômicas* a respeito da “forma ótima” de regulação dos mercados, para o âmbito das discussões especificamente *jurídicas* acerca da *aplicação e execução* das normas de direito positivo que resultam dos mencionados processos.

Em um nível abstrato, a política de regulação econômica, no Estado Democrático de Direito, poderia ser imaginada como um conjunto de atividades direcionadas à seleção dos meios mais adequados para a realização de objetivos econômicos definidos a partir de parâmetros legalmente estabelecidos. Tais parâmetros limitam-se, quase sempre, a aspectos procedimentais relativos aos processos decisórios em que os objetivos e os meios para alcançá-los são fixados, bem como, à delimitação formal das esferas de direitos subjetivos de pessoas potencialmente afetadas pela implementação das correspondentes decisões. Nesse sentido, são raras as restrições jurídicas que incidem *diretamente* sobre o espaço de alternativas para a *escolha política* de objetivos e diretrizes gerais. Quando explícitas, tais restrições assumem a forma

de princípios formulados em termos excessivamente genéricos e ambíguos, de modo que não é difícil a projeção, sobre os textos que veiculam os mencionados princípios, de uma multiplicidade de significados heterogêneos (até mesmo conflitantes entre si), nem a produção de argumentos plausíveis que garantam a necessária compatibilidade entre aquilo que foi escolhido politicamente como objetivo a realizar e os “valores” proclamados no direito positivo.

Por essa razão, parece-nos um equívoco — no mínimo parcial — atribuir às normas que expressam tais princípios a natureza de normas que *prescrevem* finalidades que, de alguma forma relevante, limitam o universo de opções disponíveis ao sujeito competente no momento em que este *define objetivos* de política econômica. Isto vale, por exemplo, para o art. 170 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”, cuja compatibilidade com distintas opções ideológicas em matéria de regulação econômica poderia ser defendida com seriedade e sem contradição.

Esta situação de vazio jurídico no que se refere à definição das grandes linhas que governam o papel do Estado enquanto regulador da economia *não* se verifica, contudo, no que diz respeito à *execução* dos respectivos programas, *incluindo* a escolha dos *meios* mais adequados para tanto. Uma vez incorporado ao direito positivo, com efeito, é o *próprio programa* que se converte em parâmetro jurídico para o controle da licitude do processo de sua execução, nos termos de um controle *da adequação dos meios efetivamente escolhidos aos objetivos pré-fixados*. Isso — note-se bem —, nem sempre foi assim. Realmente, a extensão progressiva da competência do Poder Judiciário, até incluir o exame da adequação de meios a fins definidos nos chamados programas “finalísticos”, constitui um capítulo importante da história recente

Economic Review 58, 1968; e Fischer, Johnson e Lande, “Price effects of horizontal mergers”, in *California Law Review*, v. 77, n. 4, jul. 1989, pp. 777-826.

4. Cf. Carlton e Perloff, ob. cit., pp. 657-678.

do direito público. Mais elaborada no direito alemão, a referida extensão se sustenta em uma reinterpretação criativa do princípio da proporcionalidade, de acordo com a qual a validade de normas — gerais ou particulares — pode ser avaliada do ponto de vista da sua “necessidade” para a realização de uma finalidade pública específica, proibindo-se excessos e requerendo-se ainda que a instituição da norma em questão não produza efeitos negativos que superem os positivos à mesma associados. No Brasil, a idéia vem recentemente se difundindo com entusiasmo, sobretudo no campo do direito tributário, mas não há dúvida que a sua verdadeira vocação está localizada no âmbito do direito econômico.⁵

Isto é particularmente evidente quando pensamos no conjunto de atividades dos poderes públicos dedicadas à defesa da concorrência e à regulação de monopólios naturais do ponto de vista da realização da máxima eficiência econômica. O controle na forma de juízos a respeito da adequação entre meios e fins serve para a qualificação jurídica dos comportamentos *tanto* do agente econômico fiscalizado ou regulado *como* do agente público fiscalizador ou regulador. Se as referidas atividades *se fundam* na necessidade de promover a eficiência ou corrigir ineficiências, é natural que elas também sejam avaliadas em termos das correspondentes contribuições, como *meios*, para realizar a finalidade em nome da qual elas foram instituídas e que as legitima em última instância. Assim é que, por exemplo, uma decisão administrativa do agente regulador no sentido do estabelecimento de uma determinada restrição à liberdade de iniciativa do agente regulado (na forma de controle de preços, de fixação de taxas de retorno ou quantidades ofertadas, de imposi-

ção de condições comerciais etc.), tem, em princípio, que prestar contas, ela própria, ao critério da eficiência.

Em suma, induzir agentes econômicos a se comportarem eficientemente é algo que se faz eficiente ou ineficientemente e que pode ser avaliado *juridicamente* na mesma moeda. Isso não vale apenas para o agente regulador propriamente dito, mas também para todo agente ou órgão público cujas decisões se deixam interpretar como parte de um complexo de condições para a realização da finalidade político-econômica da maximização do bem-estar social. Não é, em outras palavras, apenas a licitude da decisão do agente regulador que está condicionada a um juízo afirmativo acerca da sua adequação, enquanto meio, para a realização do fim que justifica a regulação e, em concreto, a medida regulatória; além dela, decisões de concessão de subsídios, de financiamentos, de produção de efeitos positivos sobre estruturas de custos etc., estão, todas elas, potencialmente, sujeitas ao mesmo padrão de análise: o controle *jurídico* da decisão em nome da eficiência econômica é conseqüência da auto-legitimação *técnico-administrativa* da decisão em nome da eficiência econômica.

Isto posto, nota-se que a racionalidade teleológica (escolha racional de meios para fins pré-fixados) que, idealmente, anima o processo decisório de escolha do meio mais adequado para a maximização do bem-estar social se faz potencial e *duplamente* presente em *qualquer* processo decisório de controle da licitude de decisões prévias adotadas do mesmo ponto de vista: no controle *da última* no sentido da adequação do meio escolhido ao mencionado fim e no controle reflexivo *de si mesmo* no sentido da própria adequação (ou da possível inadequação), como meio (ou como um simples dado de fato), à realização de tal estado de coisas. A expansão desse tipo de análise não é apenas algo que se dá horizontalmente (a difusão para diferentes áreas do direito), mas que se desdobra também na

5. Cf. Marco Aurélio Greco, *Contribuições, Dialética*, 2000; e Luis Fernando Schuartz, “Contribuições de intervenção no domínio econômico e atuação do Estado no domínio econômico”, in Marco Aurélio Greco (coord.), *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins, Dialética*, 2001, pp. 35-60.

vertical, já que cada novo elo na cadeia de decisões destinadas ao controle da adequação entre meios e fins pode, ele próprio, ser posteriormente controlado de acordo com o mesmo padrão.

Se limitarmos o olhar à evolução recente das discussões entre especialistas no âmbito do direito econômico, fica clara a tendência a um aproveitamento progressivo deste potencial de expansão no interior do sistema jurídico. Esta tendência, infelizmente, tem provocado reações compreensíveis, mas pouco ilustradas no sentido da relativização da importância de argumentos econômicos na solução de problemas jurídicos (em especial os problemas identificados no contexto da aplicação do direito da concorrência aos casos concretos). Ao entusiasmo com o potencial racionalizador aparentemente ilimitado do paradigma do bem-estar social — em razão da incorporação de conhecimentos de ciência econômica no discurso jurídico e a redução de espaços de imunidade jurídica para decisões baseadas em argumentos tecnocráticos — corresponde a resistência irracional, mas até certo ponto justificada diante da aceitação de certas implicações de tal incorporação para a “especificidade” deste tipo de discurso. A consequência é a sugestão defensiva de pseudo-oposições entre o jurídico e o econômico, as quais, se consolidadas no plano institucional, representarão um grave obstáculo ao desenvolvimento da práxis de aplicação do direito em uma direção em que possam convergir a sua racionalização e o incremento das garantias do administrado face às decisões do poder público em matéria de política econômica. A nosso ver, uma reflexão produtiva sobre esta intrincada questão requer a conscientização prévia acerca da verdadeira natureza do problema envolvido, de modo a que as possíveis soluções sejam propostas e avaliadas no nível correto. As seções que seguem se ocupam, em linhas gerais, da apresentação das condições necessárias para tal conscientização e de sugestões da direção nas quais as eventuais

soluções para o mencionado problema devem ser buscadas.

III — Bem-estar social como “programa finalístico”: o problema da insegurança jurídica e suas implicações para as decisões de investimento

A incorporação do “paradigma do bem-estar” como ponto de vista unificador para as análises jurídicas das atividades do poder público nos campos da defesa da concorrência e da regulação econômica traz, como já indicado, ganhos consideráveis para a qualidade e o alcance dessas análises. Esses ganhos podem ser imaginados como aquisição da capacidade de demandar razões do agente regulador da economia de uma maneira *integral* e *paritária*. O referido movimento de incorporação fortalece e dá maior consistência à tendência que é própria ao moderno direito público de minimizar as margens de discricionariedade dos poderes públicos no trato com questões de relevância geral. Com isso, vai se dissolvendo a pretensão de converter a posse de um superior conhecimento em uma espécie de neo-paternalismo tecnocrático: a alegada superioridade do regulador no exercício da sua *expertise* é neutralizada, no frígido dos ovos, justamente por aquilo que lhe servia de fundamento, vale dizer: o caráter *objetivo, isto é, publicamente acessível e intersubjetivamente controlável*, do saber técnico.

Este inquestionável ganho, contudo, não vem sem o respectivo preço. Não estamos nos referindo aqui somente ao que poderíamos denominar de “custo de treinamento” do corpo de pessoas incumbidas da função de zelar pelo controle *ex ante* ou *ex post* da decisão técnica em nome de um interesse geral que exige o respeito à “melhor” técnica e se volta contra os favorecimentos “tecnicamente” injustificados. O problema tem ainda uma face menos visível, e que assume uma feição particularmente intensa no caso do direito da concorrência e da regulação econômica. Trata-se do

problema — conhecido de longa data dos sociólogos do direito⁶ — do significado dos “programas finalísticos” para a práxis e o discurso jurídicos.

Programas finalísticos são, *grosso modo*, normas jurídicas que prescrevem objetivos e com isso condicionam a licitude da escolha dos meios ao cumprimento ou, no mínimo, à adequação — de acordo com algum critério — do meio escolhido para a efetiva realização do objetivo prescrito. No caso da defesa da concorrência e da regulação econômica, o objetivo aceito convencionalmente é, como antes exposto, a busca do aumento do bem-estar social entendido enquanto aumento da eficiência econômica. Traduzido em termos jurídicos, isso significa para os poderes públicos a *obrigação* de promover o bem-estar social no sentido da escolha dos meios mais adequados para a realização deste objetivo dentro dos limites da própria competência. Assim, por exemplo, a obrigação do CADE, como órgão competente para a defesa da concorrência nos mercados, é decidir as questões relativas à aprovação de atos de concentração e ao julgamento de condutas *de forma a* aumentar o bem-estar social; o mesmo vale para outros órgãos da administração pública e, conforme indicado, também para as instâncias de controle destas decisões, pelo menos na medida em que o que está em jogo é o controle das mesmas no que diz respeito ao cumprimento da obrigação definida no programa de objetivos.

Além disso, e mais importante, também para o *agente econômico* privado tem-

6. O termo “programa finalístico” remete à distinção proposta por Niklas Luhmann entre “programação condicional” (*Konditionalprogrammierung*) e “programação finalística” (*Zweckprogrammierung*), mas não deve ser lido como vinculado aos pressupostos e implicações peculiares à teoria de Luhmann. Sobre o sentido da mencionada distinção, cf. deste autor, ob. cit., pp. 195-205; ainda, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1980, pp. 227-234; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, 1981, pp. 140 e ss. e 274 e ss., e *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 163 e ss.

se que a incorporação do “paradigma do bem-estar social” nos âmbitos da defesa da concorrência e da regulação representa uma transformação das obrigações “clássicas” em tipos novos de obrigações, típicas do *Welfare State*, como são as obrigações de *realizar metas* pré-definidas ou, simetricamente, as obrigações de não fazer nas hipóteses em que ao descumprimento da obrigação se associa um *efeito* tratado juridicamente como negativo (como é o caso, para ficarmos no exemplo do direito da concorrência, com a análise de algumas condutas anticompetitivas). São conhecidas as razões para justificar a adoção e a difusão destas técnicas de definição de obrigações no campo do direito econômico. Por outro lado, são igualmente conhecidos os problemas que tais técnicas acarretam no que se refere à garantia da *previsibilidade* das conseqüências das decisões dos agentes econômicos — em especial as decisões de investir.

A recepção do “paradigma do bem-estar social” no âmbito do direito de defesa da concorrência e da regulação econômica implica não apenas a adoção de um objetivo capaz de integrar sistematicamente e unificar as atividades do poder público neste âmbito. Mais do que isso, tal recepção traz consigo uma série de exigências quanto ao ambiente institucional no interior do qual o incremento do bem-estar social deverá ser levado a cabo. Examinar probabilidades de exercício de poder de mercado, demonstrar e calcular perdas de bem-estar associados a este exercício e ganhos de bem-estar associados a reduções de custos, identificar e corrigir “falhas de mercado”, controlar variáveis microeconômicas como preços e taxas de retorno tendo em vista a efetivação de metas qualitativas ou quantitativas previamente estabelecidas: estas são tarefas da maior complexidade às quais correspondem decisões que deverão ser tomadas quase sempre sob condições de incerteza. Uma função da máxima importância a ser desempenhada pelas instituições envolvidas com regulação de mercados em sentido amplo, é a função de *re-*

dução de incertezas que podem — em especial em situações de crise de confiança — afetar de uma maneira extremamente negativa a disposição de investir por parte dos agentes econômicos, na medida em que recomendam a adoção generalizada de estratégias defensivas de valorização do capital.

De uma perspectiva geral, poderíamos falar em “absorção de insegurança” para nos referirmos ao papel das normas e instituições jurídicas no que se refere à generalização e estabilização de expectativas quanto ao futuro. Normas e instituições jurídicas podem assim atuar como espécies de contrapesos diante das incertezas do ambiente econômico que devem ser, como incógnitas, levadas em conta pelo agente investidor no instante da tomada da decisão de aplicar seu capital, sobretudo quando se trata de ativos direcionados à prestação de serviços de infra-estrutura. Com efeito, tais normas e instituições surgem com a pretensão de pré-estruturar — ao menos no nível das expectativas dos seus destinatários — o espaço de possibilidades quanto ao que *deve* e o que *não deve* ocorrer em face de contingências futuras; e, quando funcionam adequadamente, logram aproximar do ideal normativo, com margens de erro toleráveis, o que *efetivamente irá ocorrer*.

No balanço histórico, o saldo deixado pela implementação de uma política integrada de promoção da eficiência econômica no Brasil não foi positivo quanto à realização da referida função. Como antes exposto, são várias as fontes de incerteza *adicional* que a referida implementação criou, especialmente no âmbito da política de defesa da concorrência (sob a forma tanto preventiva quanto repressiva). Isso é fácil de ver quando olhamos para a função de controle de atos de concentração econômica por parte das autoridades de defesa da concorrência.

De fato, as condições de aprovação de decisões de investimento que resultam em atos de concentração passíveis de submissão a tais autoridades incluem, como ele-

mento constitutivo, a produção pela operação em questão de “efeitos líquidos não negativos” sobre o bem-estar social. Os riscos do “*predictive puzzle*”⁷ em que consiste o trabalho das autoridades não estão limitados apenas a decisões equivocadas que eventualmente proibam (aprovem) operações cujos efeitos líquidos sobre o bem-estar social são positivos (negativos). Os riscos para o interesse geral (aqui representado pelo aumento do bem-estar social) são *agravados* pelos efeitos negativos causados sobre o *estado geral de expectativas do potencial investidor*, que — nos casos não triviais — dificilmente poderá prever se a sua decisão de investir será ou não tratada como lícita por uma autoridade obrigada a decidir com base em prognoses sobre eventos futuros. O problema se apresenta de uma maneira análoga no contexto do controle das decisões administrativas por parte do poder público no âmbito da regulação econômica.

É óbvio que isso não é um argumento contra o direito de defesa da concorrência tal como estruturado atualmente (controle preventivo de estruturas de mercado que aumentem a probabilidade de exercícios de poder de mercado, e controle repressivo de estratégias anticompetitivas horizontais, verticais ou na forma de condutas predatórias), ou contra a previsão jurídica da regulação econômica dos monopólios naturais, visando ao seu comportamento competitivo. Isso porque a *existência de normas e instituições* correspondentes é, ela própria, funcional à segurança e à defesa do interesse do investidor. Tampouco seria justo inferir do que foi dito que a orientação dessas atividades na busca do incremento do bem-estar social (incluída aqui a preocupação com o crescimento econômico) deveria ser abandonada em favor de algum outro objetivo político. De fato, os proble-

7. Esta é uma expressão retirada de um relatório preparado recentemente pela Federal Trade Commission (FTC) norte-americana e intitulado *Anticipating the 21st Century. Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*, v. I.

mas não estão relacionados a esse paradigma ou modelo teórico propriamente dito, mas à sua *aplicação* pelas autoridades competentes. É neste nível que se encontra a insegurança que pode afetar de um modo altamente negativo o objetivo político-econômico em nome do qual o referido modelo foi criado e que se pretende ver realizado.

Efetivamente: a segurança jurídica de que o agente econômico privado necessita não depende somente da "qualidade" do *modelo teórico* que está na base das políticas públicas de defesa da concorrência e de regulação de monopólios naturais, nem da "qualidade" das *normas* que incidem diretamente sobre as esferas de interesse dos referidos agentes. Modelos alinhados com a "melhor" teoria, e normas "bem-definidas" no sentido da clareza e precisão dos conceitos usados na sua formulação e na flexibilidade do seu conteúdo com relação à evolução do pensamento econômico, são condições necessárias, porém, não suficientes para garantir a confiança do investidor privado (e, com ela, que as políticas públicas nos campos da concorrência e da regulação não se convertam em um gigantesco e custoso tiro no próprio pé); talvez até mais fundamental que isso — em especial face à recente experiência brasileira — é a manutenção de um grau relativamente elevado de certeza jurídica com respeito à existência de um *padrão* racional de decisão por parte das autoridades que interpretam e aplicam tais normas aos casos concretos. E este último, por sua vez, não se verifica sem a criação e a estabilização das condições para assegurar uma "qualidade" suficiente às *instituições* ("aparato institucional") que devem se ocupar, direta e indiretamente, de tal aplicação.

Ainda que, em um nível geral, seja questionável até que ponto a realidade institucional de países mais desenvolvidos possa servir como modelo normativo para a formação de instituições no Brasil, não se pode deixar de citar a Comissão Européia e a Federal Trade Commission (sem esquecer da Divisão Antitruste do Departamento

de Justiça norte-americano) como exemplos de instituições bem-sucedidas no sentido mencionado. Nestas, com efeito, parecem equilibradas as exigências de seriedade e profissionalismo na implementação das respectivas competências em matéria de defesa da concorrência e de sensibilidade em relação às necessidades de segurança e calculabilidade do setor privado.

Isso se reflete não apenas no excelente preparo técnico dos funcionários envolvidos preventiva e repressivamente nas análises de casos, mas também, na disposição para (i) elaborar estudos, *Guidelines* indicativos para os agentes econômicos no sentido da explicitação de metodologias de análise, de interpretações oficiais de conceitos legais e de *safe harbors* para condutas e estratégias (p.ex., na FTC/DoJ, os *Horizontal Merger Guidelines*, os *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, os *Guidelines for Collaborations Among Competitors*, os *Guides to Advertising and Promotional Allowances* etc.; na Comissão Européia, as *General Notices* tais como: *Notice on Agreements of Minor Importance*, *Notice on Cooperation between Enterprises*, *Notice on the Assessment of Cooperative Joint Ventures*, *Notice on the Definition of the Relevant Market*, *Notice on the Concept of Concentration*, *Notice on the Calculation of Turnover*, entre outras); (ii) proferir palestras e conferências com temas de interesse geral ou de setores econômicos específicos; (iii) não sobrecarregar as partes com solicitações inconclusivas de informações; (iv) agilizar os procedimentos por meio do estabelecimento bem fundado de presunções a respeito de relações de causalidade entre condutas ou dados estruturais do mercado e efeitos sobre o bem-estar social etc.

"Qualidade institucional" é algo difícil de definir e talvez seja impossível listar, independentemente de uma consideração da função específica de cada instituição, em quais propriedades ela consiste. Seja como for, em se tratando de instituições direcionadas à aplicação de normas de direito

econômico como o são, paradigmaticamente, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, há alguns requisitos mínimos sem os quais se torna irrealista a expectativa de que possa haver convergência entre a finalidade básica das políticas concorrencial e regulatória e o funcionamento do aparato estatal incumbido da sua implementação. No que segue gostaríamos de dar destaque a dois destes requisitos, escolhidos pela sua especial relação com o problema da segurança jurídica do investidor:

(i) capacitação e especialização técnicas; e

(ii) coerência institucional.

Desde Max Weber, é um lugar-comum dizer que a existência da empresa capitalista, fundada como está na possibilidade do cálculo racional, depende de um aparato estatal cujo funcionamento seja previsível de acordo com critérios modernos de racionalidade (e isto, segundo as palavras de Weber, “com tanta exatidão como possa ser calculado o rendimento provável de uma máquina”). Ainda que, como anteriormente mencionado, o desenvolvimento do moderno direito público tenha nos levado para bem longe do ideal dos “imperativos condicionais” ou das “normas gerais e fixas” típicas do direito do século XIX, essa observação permanece válida também diante dos “programas de objetivos” que dão a tônica do direito público nos nossos dias. Nestas condições, a exigência de maior “calculabilidade da ação do Estado” deixou naturalmente de se focar na *estrutura das normas* definidoras de obrigações imponíveis aos sujeitos privados na qualidade de participantes de transações econômicas, para se concentrar no *comportamento dos agentes públicos* responsáveis pela sua aplicação.

Em termos práticos, tal exigência de calculabilidade racional se reflete inicialmente na expectativa de *profissionalização* do trabalho destes agentes, no sentido da progressiva especialização de funções e

incorporação de saber técnico por parte de funcionários cada vez mais especializados. Com isso, logra-se, eventualmente, alcançar um grau satisfatório de *difusão e uniformização* do conhecimento (inclusive sob forma de metodologias para a análise de casos) que servirá de base para as decisões de aplicação do direito, o que tende a aumentar substancialmente sua objetividade e, conseqüentemente, sua previsibilidade para o setor privado.

Em particular no âmbito da aplicação do direito da concorrência, a referida exigência de profissionalização se traduz na necessidade de difusão de conhecimento *jurídico-econômico especializado* entre as autoridades (e também entre os profissionais atuantes nesta área). Isso vai contra a tendência predominante no Brasil até o momento, a qual tem se apoiado numa cisão radical entre “o jurídico” e “o econômico”, espelhada, p.ex., nos próprios critérios de escolha dos membros de alguns órgãos reguladores. As preocupantes deficiências daí resultantes são, pode-se dizer sem exagero, responsáveis por parte considerável das incertezas que têm marcado de maneira tão negativa a imagem dos órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Se a idéia é fazer com que o funcionamento desses órgãos se dê, coordenadamente, na direção da maximização do bem-estar social, o passo inicial é zelar para que os seus ocupantes estejam suficientemente bem formados (ou seja, de posse do conhecimento técnico e do *know-how* necessários, bem como orientados precisamente nesta direção).

A atual compartimentalização do saber em jurídico e econômico certamente não é a melhor forma de se obter este resultado. A experiência tem demonstrado que juristas sem conhecimentos econômicos tendem a um raciocínio escolástico, a um apego quase místico a questões formais de pouca relevância e a um uso eclético e ornamental de proposições econômicas. Inversamente, economistas sem conhecimentos jurídicos tendem a um raciocínio tec-

nocrático, a um desrespeito com os direitos subjetivos das partes nos processos administrativos e a um uso autolegitimador de proposições jurídicas. A justa cobrança por especialização não deve ser entendida como necessidade de opção por um ou outro tipo de conhecimento, mas sim, de constituição e manutenção de corpos profissionais de fato especializados em *defesa da concorrência* pura e simplesmente, especialização que é impossível sem uma *combinação dos correspondentes* conhecimentos jurídicos e econômicos.

A previsibilidade da ação estatal em matéria de defesa da concorrência e regulação de mercados não é, entretanto, obtida somente com um corpo de profissionais bem treinados e alinhados na busca do aumento do bem-estar social. Um requisito adicional está na garantia de um grau adequado de *coerência institucional*. Coerência, no sentido da sistematicidade e continuidade na adoção de uma linha racional de conduta, é um recurso escasso na história institucional brasileira. Coerência *institucional* não é algo que se garante automaticamente com a coerência dos indivíduos que, em um dado momento, ocupam um determinado cargo público (embora isso seja obviamente uma condição necessária para essa garantia). Quando falamos em coerência ao nível das instituições, queremos dizer continuidade justamente *na mudança* dos indivíduos que ocupam tais cargos. Coerência institucional é um fator *crucial* para o sucesso de um plano sistemático de integração das políticas de defesa da concorrência e da regulação econômica e a sua ausência é fatal para a confiança dos agentes privados quanto ao real comprometimento do poder público com a realização do referido objetivo. Ao lado da insuficiente profissionalização, a falta de coerência institucional é a grande vilã da defesa da concorrência no Brasil.

A coerência nas atividades regulatórias das autoridades competentes se expressa na existência de um *padrão relativamente rígido de decisão sobre questões*

recorrentes que de certo modo transcenda as convicções dos indivíduos que circunstancialmente se encontram na posição de autoridade, mas que possa, não obstante, evoluir em razão de progressos no saber técnico que serve de fundamento para tais decisões. O modelo conhecido que melhor se aproxima desta característica é o do *case law*, no qual tanto as autoridades como os potenciais afetados por suas decisões podem formar e estabilizar as suas expectativas por meio de precedentes devidamente consolidados. Isso não significa renunciar à idéia de que a autoridade deve poder — dentro dos limites juridicamente fixados — formar livremente a sua convicção a respeito da melhor forma de dar cumprimento às normas positivas; a bem da verdade, o que se pretende alcançar é um desenho mais claro destes limites.

Um exemplo que ilustra a necessidade deste tipo de continuidade institucional nos é novamente dado pela história recente do direito de defesa da concorrência. Surpreendentemente, o conhecimento profundo e em detalhe desta história tem sido fonte não de certeza, mas da mais alta indeterminação quanto a questões tão essenciais — e ao mesmo tempo prosaicas — quanto a definição dos critérios de submissão obrigatória de atos de concentração econômica às autoridades competentes. As constantes, abruptas e casuísticas mudanças de rota na análise deste e de outros problemas mais complexos inviabilizam processos de aprendizado institucional e elevam a insegurança jurídica a níveis críticos.

IV — O necessário aperfeiçoamento do atual modelo institucional

Diante deste quadro, a questão imediata é: os problemas de insegurança jurídica enfrentados nos campos da defesa da concorrência e da regulação de mercados — e o daí resultante aumento no grau de incerteza dos agentes econômicos — são função do *modelo institucional* adotado atualmente no Brasil, ou se explicam apenas em

termos de falhas na aplicação do mesmo? O título da presente seção mostra que o problema deve em última instância ser atribuído ao modelo adotado — se é que neste caso se pode, rigorosamente, falar num modelo. O formato institucional vigente no Brasil para a promoção da eficiência econômica via regulação de mercados (em sentido amplo) é gerador de insegurança e é também *ineficiente* em grau relevante. Este flagrante conflito entre a finalidade declarada em nome da qual a instituição existe (promoção da eficiência econômica) e a *performance* efetiva da instituição é o resultado mais paradoxal que os anos de experiência com defesa da concorrência no Brasil nos legaram.

O conflito ocorre em dois níveis. O *primeiro* deles está apenas indiretamente atrelado ao modelo institucional vigente e se verifica nos — antes mencionados — efeitos negativos para o bem-estar social associados à falta de coerência institucional na persecução, pelo poder público, da referida finalidade. Estes efeitos se ramificam, basicamente e conforme exposto, em problemas de *consistência* das decisões em matéria concorrencial e em problemas de *insegurança jurídica* e de *agravamento de incertezas* no que se refere ao ambiente institucional no qual decisões de investimento têm que ser tomadas. Neste nível, a contradição entre finalidade e *performance* se explica mais diretamente por falhas no processo de aplicação de normas a casos concretos e é, logo e como dito, conseqüência não imediata do modelo institucional que forma o contexto em que tal aplicação se realiza.

O mesmo não pode ser afirmado, entretanto, do *segundo* tipo de conflito entre a função que justifica politicamente a existência da instituição (aumento da eficiência econômica) e o seu funcionamento ineficiente. Estamos nos referindo aqui às conhecidas ineficiências associadas à *distribuição de competências* entre os órgãos da administração pública envolvidos com a regulação de mercados no Brasil (SEAE,

SDE, Procuradoria do CADE, CADE e, no que lhes competem, as agências regulatórias propriamente ditas). As referidas competências estão de tal modo distribuídas que atividades idênticas (ou virtualmente idênticas) são desempenhadas, no curso do mesmo procedimento, por dois ou mais órgãos. O mesmo trabalho é duplicado, triplicado e às vezes quadruplicado. Isso já seria injustificável mesmo nos casos de suprema complexidade. Enquanto situação generalizada, violam-se os mais elementares preceitos de racionalidade organizacional. Um exemplo muito ilustrativo desse tipo de ineficiência vem da análise de atos de concentração econômica pelo chamado “sistema brasileiro de defesa da concorrência”. A Lei 8.884/1994 determina que SEAE e SDE deverão, nessa ordem, elaborar pareceres técnicos não vinculantes a respeito da operação submetida à apreciação. Além destas, também a Procuradoria do CADE deve emitir a sua opinião antes da decisão final pelo CADE, cujos conselheiros, evidentemente, são instados a refazer criticamente o mesmo percurso analítico anteriormente feito — ainda que com graus bem variados de sofisticação técnica — pelos três órgãos mencionados. Como subproduto, cada órgão envolvido no processo de análise tem buscado “especializar-se” na execução de tarefas implicitamente definidas em divisões informais do trabalho, a mais saliente das quais é a que se observa entre SEAE — análise econômica dos efeitos associados às operações — e Procuradoria do CADE — análise de filigranas jurídicas. Essas pseudo-especializações têm agravado a ineficiência original na medida em que cada órgão do sistema é levado a inflar o conteúdo das suas próprias funções, onerando as partes com exigências de informações e um dever de argumentação, em geral, injustificados.

As propostas de modificação da legislação antitruste veiculadas há algum tempo na mídia e discutidas com algum grau de detalhe entre especialistas certamente contribuiriam, se aceitas no plano político, para

melhorar o referido estado de coisas. Entre tais propostas, aquela que melhor se ajusta às exigências de “qualidade institucional” é a que sugere uma fusão dos atuais órgãos componentes do sistema brasileiro de defesa da concorrência numa única “agência”, técnica e materialmente aparelhada para desempenhar as funções que lhe cabem no contexto do “paradigma do bem-estar social”. Esta agência estaria incumbida do exercício das competências tanto de instrução como de julgamento dos processos, as quais corresponderiam, *grosso modo*, uma diferenciação interna, na qual o CADE seria reabsorvido como “tribunal da concorrência”.

Idealmente, contudo, parece-nos haver uma solução que merece consideração — no mínimo — em pé de igualdade. Trata-se do modelo baseado num fortalecimento do papel do Poder *Judiciário*, em especial no *julgamento* dos casos envolvendo acusações de condutas anticompetitivas. A “agência” assume, nestes casos, funções tipicamente acusatórias, tomando parte em um contencioso que se instaura e desdobra perante o juiz. Nos casos de controle de estruturas (atos de concentração econômica), em que a agilidade processual é fundamental e as vantagens comparativas da administração pública são evidentes, esse papel poderia eventualmente — isto é, não necessariamente — restringir-se ao plano recursal (contanto que o seu exercício não esteja limitado no que diz respeito ao exame de questões substanciais que envolvam o mérito das decisões). Em vista dos problemas com o modelo atual identificados nesta e na seção precedente, há ao menos quatro boas razões para a defesa desta proposta.

Em primeiro lugar, o grave problema da falta de coerência institucional, cujo efeito corrosivo para a segurança jurídica dos agentes econômicos já foi discutido acima, deixa de apresentar-se de forma *independente* em relação à necessidade de capacitação técnica dos quadros de profissionais envolvidos com a regulação jurídica

de mercados, posto que passam a depender unicamente do *treinamento adequado* dos juízes competentes para o exercício de tal função. Efetivamente, aquilo que é característica *estrutural* do Poder Judiciário, a saber, a organização piramidal, a tendência à uniformização dos critérios de decisão nas instâncias do topo do sistema, o respeito pelos precedentes e a daí resultante resistência justificada a incursões aventureiras em regiões inexploradas do conhecimento científico-econômico ou a incorporações de conclusões da mesma natureza sujeitas a revisões bruscas e repentinas: essas e outras características que, da perspectiva da dinâmica do conhecimento científico, aparecem distorcidamente como responsáveis pelo caráter “conservador”, ou — no jargão — “ideológico” do direito, têm sua funcionalidade e seu título de legitimidade nas já mencionadas *estabilização de expectativas normativas* e na *absorção controlada de incertezas*. Com a sua garantia viabilizam-se processos decisórios (tanto de autoridades como de agentes econômicos) que, forçosamente, tem que confrontar-se com incertezas não elimináveis quanto ao futuro. A função de estabilização de expectativas normativas e absorção de incertezas *consiste*, então e justamente, nessa viabilização, pois se nos é, em regra, vedado conhecer e prever com a segurança e a precisão que gostaríamos o comportamento futuro de preços, quantidades e outras variáveis relevantes para a regulação dos mercados, nos é assegurado ao menos o poder de determinar, aqui e agora, o que é, e o que não é, *lícito* fazer.

Além disso, e em segundo lugar, há o argumento estritamente técnico. A cisão das competências de instrução e de julgamento entre diferentes órgãos administrativos — estejam estes organizacionalmente integrados ou não em um único ente (como seria o caso na nova “agência” da concorrência) —, traz consigo o risco da institucionalização de uma situação em que — para utilizar a metáfora de Mario Monti, o comissário responsável pela política de con-

corrência na Comissão Européia — alguém é convidado para um jogo de xadrez no qual, não obstante, se lhe deixa usar apenas uma parte das peças.⁸ É verdade que, nos processos judiciais, não é propriamente o juiz que *faz* a instrução; entretanto, esta fase, que é crucial para a consistência e a justiça da decisão que será tomada, desenrola-se, por assim dizer, sob seus olhos e seu governo. O juiz *participa* de forma constitutiva e ativa de todo o processo de coleta das provas, ele testemunha, ao vivo, o jogo dialético entre as partes do procedimento enquanto estrategicamente orientadas na sua persuasão, jogo ao fim do qual vai estar devidamente “formada a convicção” a respeito das premissas nas quais sua decisão final irá se basear. Dessa forma, praticamente mesclam-se instrução e julgamento, o que contrasta com a situação em que o instrutor fabrica e “entrega”, e o julgador “recebe”, os resultados da instrução como um dado externo e acabado para o exercício da sua função — algo que, além de encorajar as ineficiências de duplicação de trabalho acima mencionadas, é desestimulante para ambos.

Em terceiro lugar, caberia mencionar os ganhos em termos de *minimização dos riscos de “captura”* que o incremento das competências e o fortalecimento do Judiciário trariam para a implementação das políticas de defesa da concorrência e regulação de mercados. Em vista da experiência brasileira, seria falso supor que houve ou teria havido, neste âmbito, captura no sentido da explicação do surgimento da regulação com base na defesa dos interesses dos setores regulados. Tampouco acerca da gestão dessas políticas seria justo dizer algo desse gênero. Na verdade, a expressão “captura” tem aqui um significado menos apelativo do ponto de vista teórico e se refere apenas à presença de mecanismos quase-aleatórios de enviesamento do

processo de aplicação de normas em razão de uma *excessiva rotatividade* dos sujeitos responsáveis por tal aplicação. Considerando que não se pode pretender fundar nossas expectativas de avanços institucionais na esperança de que poderemos contar sempre com a oferta do necessário heroísmo individual, o referido tipo de efeito é difícil de ser evitado sem a estruturação planejada de planos de carreira, suficientemente atrativos aos indivíduos dotados das necessárias capacidade técnica e experiência para ocupar os postos-chave nas instituições. É aí que entra a vantagem comparativa do Judiciário, no qual isso já é uma realidade, bastando apenas treinar e especializar os corpos de julgadores para o exercício das correspondentes funções.

Por último, vale uma referência aos ganhos que o fortalecimento do Judiciário como parte ativa na implementação especialmente da política de defesa da concorrência pode trazer em termos da criação de condições para a difusão de uma correspondente “cultura”. Isto se dá, predominantemente, por meio da circulação do conhecimento a respeito de direitos e obrigações que acompanha o desenvolvimento do *private antitrust enforcement*. Com efeito, *pari passu* com o referido fortalecimento do Judiciário tende a crescer o aproveitamento da possibilidade de propor, perante um juiz, uma ação privada visando à obtenção de indenização pecuniária por danos causados por comportamentos alegadamente anticoncorrenciais, pois os custos com a litigância podem ser muito mais que recompensados pelo possível benefício de uma sentença favorável. A este incentivo privado corresponde o ganho público associado à repartição de parte dos gastos com a implementação da política de defesa da concorrência com o setor privado, o que inclui os recursos necessários tanto à obtenção das informações e à elaboração dos argumentos para a instrução dos casos concretos, como ao treinamento prático e teórico dos juízes competentes e à popula-

8. Cf. *The Application of Community Competition Law by the National Courts*, conferência proferida em Trier, em 27.11.2000.

rização de conceitos técnicos e mecanismos institucionais (tal como se verificou entre nós, com extremo sucesso, com o direito de defesa do consumidor).

Quanto a este ponto, se há alguma experiência exemplar a se buscar, ela está no direito norte-americano.⁹ Aqui, efetivamente, é nas cortes de justiça que se encontra o *locus* privilegiado das discussões sobre as questões substantivas mais relevantes,¹⁰ é em torno da sua práxis que gravitam os debates, estudos e comentários dos especialistas. A evolução institucional cuidou, por assim dizer, para que se consolidasse uma espécie de opinião pública tecnicamente credenciada e crítica, responsável por manter os juízes sob constante pressão no sentido da atualização de conhecimentos. É importante que se tenha em mente que esses são resultados de um processo não linear de aprendizado coletivo que não se instaura, nem muito menos se conclui, por decreto. Qualquer tentativa bem-intencionada de aproveitar a secular experiência norte-americana para o desenho de proce-

9. A situação no direito europeu está, de acordo com a avaliação dos especialistas, muito aquém do desejado. Cf., a respeito, Ritter, Braun e Rawlinson, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 925-926: "The enforcement of EC competition law in civil litigation is still relatively underdeveloped compared with private antitrust enforcement in the United States (...) A decentralized application of Community law (...) also raises the general level of voluntary compliance with and enforcement of the law, as is the case in the United States. In addition, it eases the enforcement burden on the Commission which should concentrate on cases presenting a Community interest".

10. A previsão dos "treble damages" é, obviamente, um poderoso incentivo ao uso do Judiciário para a defesa de interesses privados diante de comportamentos anticoncorrenciais. V., a respeito, a seção 4 do Clayton Act: "Any person injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue (...) and shall recover three-fold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee". O projeto de modificação da Lei 8.884/1994 que circulou há algum tempo atrás continha uma previsão neste sentido.

dimentos¹¹ e mecanismos de *private antitrust enforcement* no Brasil deverá, portanto, ter consciência de que se trata de um longo — e potencialmente custoso — caminho. A sugestão de que, não obstante, este é um modelo a copiar, baseia-se na expectativa racional de que os ganhos no médio e longo prazos são muito superiores aos custos associados à sua instalação e administração.

Como se vê, há muito ainda o que fazer para que a implementação das políticas de defesa da concorrência e regulatória sejam seguramente colocadas nos trilhos da promoção efetiva do bem-estar social. Entre os conjuntos de medidas mais urgentes para fazer frente aos problemas resumidamente descritos ao longo do presente trabalho, existem pelo menos dois para cuja menção é importante. O primeiro deles tem natureza mais programática e consiste no financiamento de iniciativas direcionadas à coordenação, ao aprofundamento e à difusão de estudos e discussões acerca das reformas institucionais que seriam necessárias para a realização do mencionado objetivo da busca do aumento do bem-estar social.

O tema desses estudos e discussões deve incluir não apenas as alterações do modelo institucional vigente que seriam as mais adequadas para a obtenção de resultados ótimos no que se refere ao aproveitamento dos recursos materiais e humanos disponíveis; além disso, é fundamental não perder de vista as fontes possíveis de melhoria da legislação aplicável, e isso do ponto de vista tanto procedimental como substantivo. Nesses casos, o apoio estatal se justificaria pela necessidade de integração, coordenação, seleção/filtragem e amplificação dos esforços, propostas e contri-

11. A questão dos procedimentos é essencial, dada a imagem não injustificada de lentidão e ineficácia que caracteriza a idéia geral que se faz do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil. Seria importante, além disso, a criação de varas especializadas nas quais pudessem ser gerenciados o estoque de conhecimentos e os processos de aprendizado.

buições até certo ponto já existentes, os quais têm permanecido num estado relativamente fragmentado e desprovido de força suficiente para a sensibilização do sistema político. Aparentemente e num nível mais geral, iniciativas análogas a essa vêm sendo adotadas pelo Banco Mundial mediante programas de financiamento de fóruns e discussões internacionais, de publicações de livros e revistas especializadas, de incorporação de *best practices*, de estudos e propostas para harmonizações legislativas, de criação de bancos de dados para a avaliação e a comparação de experiências etc.¹²

Num plano mais imediato, o referido apoio poderia ocorrer via financiamento de programas de capacitação técnica e treinamento de autoridades administrativas e judiciais e, eventualmente, das correspondentes equipes de apoio. Isso é tanto mais importante quanto se consideram as lacunas existentes no Brasil no que diz respeito à

difusão e veiculação de conhecimento técnico e *know-how* adequado. Seria interessante, nesse sentido, a instituição de cursos de formação e especialização de profissionais com perfil de atuação direcionado ao poder público. Também é essencial a canalização de recursos públicos para a criação e o aprimoramento dos mecanismos de obtenção e processamento de informações relevantes para a formulação e o teste das hipóteses que servem de fundamento às decisões. Estamos nos referindo aqui simplesmente aos meios necessários para uma execução de trabalhos que esteja a altura do conteúdo da respectiva função, e que incluem desde a posse de recursos materiais até o acesso a informações sensíveis para definições de mercados relevantes e sua análise estrutural. De fato, sem a sofisticação desses mecanismos e das informações obtidas por meio deles, de pouco adianta a qualidade do corpo técnico responsável.