

Antitruste: Uma Necessária Revisão Histórica

*André Luiz Santa Cruz Ramos**

Resumo: Este artigo é um breve estudo revisionista da história do direito antitruste, no qual tentamos demonstrar que, ao contrário do que afirma o *mainstream* acadêmico, as leis antitruste não foram editadas para garantir a livre concorrência e/ou maximizar o bem-estar do consumidor, mas para proteger empresários ineficientes que não conseguiam se manter num ambiente de livre mercado genuíno, em que a competição era intensa e produzia resultados extremamente benéficos para os consumidores: inovação constante, aumento da produção, melhoria dos produtos/serviços e redução dos preços.

Palavras-Chave: Antitruste, Monopólio, Concorrência, Sherman Act.

Antitrust: A Necessary Historic Revision

Abstract: This article is a brief revisionist study about the history of Antitrust Law, in which we try to demonstrate that, in opposition to what the academic mainstream affirms, the antitrust statutes have not been edited to enforce free competition and/or to maximize the consumer welfare, but to protect inefficient firms who could not survive in a genuine free market, where competition was intense and produced extremely beneficial outcomes for the consumers: constant innovation, increase of production, better products/services and lower prices.

Keywords: Antitrust, Monopoly, Competition, Sherman Act.

Classificação JEL: K21, L40, D40, B53

* **André Luiz Santa Cruz Ramos** nasceu em Recife, Pernambuco, em 1978. É professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário IESB, em Brasília, no Distrito Federal, e membro do Conselho Editorial de *MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia*. Cursou o bacharelado em Direito na Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), instituição onde também concluiu seu mestrado em Direito. É pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ), pós-graduado em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP) e Doutor em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), além de ser autor de diversos artigos acadêmicos e livros na área jurídica, dentre os quais se destaca o *Direito Empresarial Esquematizado* (Editora Método, 4ª edição, 2014).

E-mail: alsramos@hotmail.com

I - O *SHERMAN ACT* E A ORIGEM DAS LEIS ANTITRUSTE

A doutrina costuma apontar que a primeira legislação antitruste foi editada no Canadá, em 1889. Tratava-se do *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*. Nesse sentido:

O pioneirismo do direito da concorrência é creditado ao Canadá que, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou-se que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas¹.

No entanto, pode-se dizer que a origem das leis antitruste hoje vigentes, inclusive a brasileira, é o *Sherman Act*, a lei antitruste americana, de 2 de julho de 1890, complementada posteriormente pelo *Clayton Act*, de 1914, e pela lei que criou, no mesmo ano, a *Federal Trade Commission*, a agência antitruste americana, na qual o nosso CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) se inspirou.

Mas por que os Estados Unidos editaram o *Sherman Act* e por que outros países seguiram o seu exemplo? Afinal, o que fundamenta a edição de uma lei antitruste, a criação de um órgão antitruste e a adoção de uma política antitruste? Por que seriam necessários?

I.1 - A Visão Predominante.

Boa parte da doutrina, ao comentar os fatos históricos que deram origem ao *Sherman Act*, costuma afirmar que os Estados Unidos,

no final do século XIX, assistiam ao surgimento de grandes monopólios e cartéis em vários setores da economia, os quais estariam abusando de seu poder de mercado e, conseqüentemente, prejudicando consumidores.

De fato, é comum encontrar, nas principais obras brasileiras sobre direito antitruste (aqui também chamado de direito concorrencial ou direito econômico)², a afirmação de que o *Sherman Act* foi editado numa época em que a economia americana assistia à formação de grandes grupos monopolistas, que lucravam às custas dos consumidores praticando preços abusivos. Para muitos autores, pois, a edição da lei antitruste americana teve por escopo a proteção do consumidor. Confirmam-se, a propósito, as seguintes passagens de conhecida obra de Calixto Salomão Filho, professor da Universidade de São Paulo (USP):

A exposição dos fatores político-econômicos relevantes para aprovação do *Sherman Act* permite focalizar corretamente a questão. Em primeiro lugar, fica bastante evidente que a maior preocupação relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor. [...]

A preocupação principal é, portanto, com o poder dos monopolistas sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político. [...]

O *Sherman Act* é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o “excessivo poder econômico no mercado”. É essa sua única preocupação³.

Numa outra linha de raciocínio, certos autores afirmam que o *Sherman Act* teria sido editado para proteger o próprio mercado, que se estaria autodestruindo em razão do excesso

¹ GABAN, Eduardo Molan & DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: O Combate a Cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2009. p. 93. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4.

² Confira-se, a propósito, artigo pioneiro sobre o tema no Brasil: COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: **Ensaios e Pareceres de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 453, 472.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2007. p. 71.

de liberdade econômica⁴. Chega-se a afirmar, pois, que a lei antitruste americana representou uma suposta salvação do liberalismo, o qual, sem regulação, estaria dando ensejo à ocorrência de concentrações monopolísticas que distorciam as regras naturais de competição. É o que afirma, por exemplo, Paula Forgioni, também professora da USP, em obra referencial sobre o direito antitruste:

O *Sherman Act* de 1890 representa, para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la. Não se deve dizer que o *Sherman Act* constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o *Sherman Act* tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis⁵.

Em outra obra conhecida sobre o direito antitruste, de autoria de João Grandino Rodas e Gesner Oliveira, ex-presidentes do CADE, afirma-se que os Estados Unidos, no período da edição do *Sherman Act*, viviam uma era de “império dos trustes, onde algumas famílias controlavam a produção de certos bens, ao ponto de poder fixar os respectivos preços como lhes aprouvesse”. Tais autores ainda afirmam que “tal estado de coisas [era] de *per*

si atentatório contra a democracia e o igualitarismo da cultura norte-americana”. Afirmam também que empresas de certos setores estavam se cartelizando com o intuito de não competirem entre si e, conseqüentemente, não baixarem os preços de seus produtos ou serviços – citam especificamente o caso das ferrovias. E complementam:

À era da total liberação econômica dos anos 1870-90, sucedeu, nos três lustros seguintes, a temporada da regulamentação e da contenção. Foi em tal cenário [*de trustes, monopólios e cartéis, segundo eles*], que se desenrolava nos quadrantes de maior progresso econômico do Novo Mundo, que o direito da concorrência encontraria os nutrientes mais adequados para se desenvolver⁶.

Vê-se, portanto, que é comum encontrar, na doutrina brasileira, uma visão bastante positiva quanto à origem do *Sherman Act*, vendo-o como uma lei benéfica, seja do ponto de vista da proteção do consumidor, seja do ponto de vista da defesa do próprio mercado contra os supostos riscos de autodestruição decorrentes da liberdade econômica desregulada. Segundo essa visão, leis e órgãos antitruste visariam sempre ao interesse público, gerando benefícios para a sociedade. Na opinião de Fábio Ulhoa Coelho:

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento

⁴ Essa falácia de que o liberalismo se autodestrói sempre foi questionada por Ludwig von Mises (1881-1973), que assim escreveu em sua autobiografia: “o fato é que demonstrei ser insustentável a teoria de que o socialismo e o intervencionismo são inevitáveis. O capitalismo não se destrói a si próprio. As pessoas querem aboli-lo porque é no socialismo ou no intervencionismo que julgam estar sua salvação” (MISES, Ludwig von. **Memoirs**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009. p. 98).

⁵ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: RT, 5ª ed., 2012. p. 65-66.

⁶ OLIVEIRA & RODAS. **Direito e Economia da Concorrência**. p. 3-4.

dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral⁷.

Na doutrina americana, porém, a situação é um pouco diferente. Há, de fato, uma corrente majoritária que vê o *Sherman Act* com bons olhos, isto é, como uma lei editada para coibir abusos de poder econômico praticados por monopólios privados. Nesse sentido, pode-se citar Frederic M. Scherer (1932-2013), que, em sua conhecida obra, escreveu:

Nos Estados Unidos [...], o fortalecimento das leis antitruste é a principal arma utilizada pelo governo em seu esforço para harmonizar o interesse na busca pelo lucro das empresas privadas com o interesse público⁸.

No mesmo sentido, afirmando que o antitruste é uma ferramenta necessária porque as forças de mercado, quando deixadas livres, não conseguem atingir bons resultados, opinam Phillip Areeda (1930-1995) e Louis Kaplow, dois autores renomados na doutrina antitruste norte-americana:

O antitruste implicitamente, mas claramente, adota uma postura especial para com os problemas econômicos a que se aplica. Por um lado, a própria promulgação da lei antitruste indica que o Congresso rejeitou a crença de que as forças de mercado são suficientemente fortes, auto-corretivas e bem direcionadas para garantir os resultados que a concorrência perfeita traria. [...]

O antitruste suplementa ou, talvez, define as regras do jogo em que a concorrência se realiza. Presume-se que as forças do mercado – guiadas pelas limitações impostas pela lei antitruste – vão produzir bons resultados ou, pelo menos, melhores resultados do que quaisquer alternativas que depositem larga confiança nas forças de mercado. Portanto, o modelo de concorrência perfeita pode ser

visto como uma meta central, cujos resultados o antitruste procura⁹.

No entanto, embora a opinião dos professores Scherer, Areeda e Kaplow possam representar o pensamento *mainstream* sobre o tema nos Estados Unidos, há inúmeros outros autores americanos que questionam essa visão otimista sobre a legislação antitruste daquele país, como veremos a seguir.

I.2 - Uma Visão Diferente.

Como dito acima, há quem sustente, com base em evidências históricas robustas, que a concentração empresarial percebida na economia americana no final dos anos 1800 era fruto do desenvolvimento natural de uma sociedade que tem como pilar fundamental o livre mercado. E mais: tal fato era extremamente benéfico para a sociedade.

Esses autores não negam que na segunda metade do século XIX os Estados Unidos estavam passando por um período de concentração empresarial, no qual diversas empresas, em variados setores do mercado, formaram parcerias e constituíram grandes grupos econômicos, com largo alcance nacional e até mesmo internacional. Mas isso, segundo tais autores, não estava ensejando a prática de abusos em detrimento dos consumidores – aumento de preços e restrição da produção. Tais conglomerados empresariais, na verdade, conseguiram racionalizar custos, integrar recursos logísticos e obter consideráveis ganhos de escala, investindo pesadamente em inovação tecnológica e em marketing publicitário. Tudo isso se refletia, pois, no oposto do que nos conta a versão *mainstream* da história: preços mais baixos, maior qualidade dos produtos e serviços e incremento constante da produção. Nesse sentido:

De 1865 a 1897, a queda de preços ano após ano dificultou para o empresário fazer

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5.

⁸ SCHERER, Frederic M. **Industrial Market Structure and Economic Performance**. Chicago: Rand McNally College Publish Company, 2ª ed., 1980. p. 435. No mesmo sentido, afirmando que o *Sherman Act* é a “*Carta Magna do livre mercado*”: HOWARD, Marshall. **Antitrust and Trade Regulation**. Prentice Hall, 1983.

⁹ AREEDA, Phillip & KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis**. New York: Aspen Law and Business, 1997. p. 11-12.

planos para o futuro. Em muitas áreas as novas ligações ferroviárias resultaram em nacionalização do mercado ao leste do Mississippi e mesmo pequenos negócios em pequenas cidades foram forçados a competir com outras empresas geralmente maiores e localizadas longe dali. Ao mesmo tempo, houve avanços notáveis em tecnologia e produtividade. Em resumo, foi uma época maravilhosa para o consumidor, mas um período assustador para os produtores, especialmente porque a concorrência ficou ainda mais acirrada¹⁰.

Muitos autores, pois, têm uma visão bem particular sobre as origens do direito antitruste. Para eles, as leis antitruste, na verdade, têm raízes protecionistas muito claras: sua origem e seu desenvolvimento não guardam nenhuma relação com a defesa da economia de livre mercado genuíno – livre concorrência, livre iniciativa, propriedade privada e soberania do consumidor –, mas com a defesa de grupos empresariais bem relacionados, os quais estavam perdendo espaço para empresas mais eficientes e inovadoras.

Dominick Armentano, professor emérito da University of Hartford e talvez o mais especializado estudioso do direito antitruste ligado à moderna Escola Austríaca de economia, afirma que as leis antitruste foram editadas para serem usadas pelos concorrentes menos eficientes com o objetivo de arrasar os concorrentes mais eficientes. Para ele, portanto, a política antitruste nada tem de progressista, mas representa um traço característico do conservadorismo, que busca manter o *status quo* da sociedade e da economia, em detrimento das mudanças sociais e econômicas decorrentes do processo concorrencial inerente ao livre mercado. Nas suas palavras:

Presumivelmente, o *Sherman Act* e as demais leis antitruste foram editadas a fim de impedir a propagação de monopólios comerciais e restabelecer a efetiva competição no mercado.

A perspectiva convencional sobre as origens da regulação antitruste é que as leis foram promulgadas para conter a crescente onda de “poder monopolista”. No entanto, análises revisionistas do *Clayton Act*, do *Federal Trade Commission Act* e do *Robinson-Patman Act* abalaram seriamente este ponto de vista.

Vários estudiosos têm demonstrado que essas regras “antitruste” foram geralmente apoiadas e empregadas por empresas estabelecidas no intuito de restringir e limitar o processo concorrencial.

Incapazes de competir com organizações empresariais mais eficientes, certas empresas procuram criar restrições políticas e legislativas a concorrentes, na tentativa de proteger ou melhorar suas posições de mercado já existentes.

De acordo com essa visão, portanto, grande parte do movimento antitruste deve ser visto mais precisamente como conservador, e não como progressista. O movimento antitruste deve ser visto como uma parte importante do “triumfo do conservadorismo” na política americana.¹¹

Fica claro que, no excerto acima transcrito, ao mencionar entre aspas a expressão “triumfo do conservadorismo”, o professor Armentano se refere ao título de conhecida obra do historiador socialista Gabriel Kolko (1932-2014), o qual, ironicamente, também refutou a tese falaciosa de que as leis e os órgãos antitruste foram criados em prol do consumidor para impedir a formação de monopólios. Como bem destacou David Friedman:

Um dos argumentos mais efetivos contra *laissez-faire* não-regulado tem sido que ele invariavelmente leva ao surgimento de monopólios. Como disse George Orwell, “o problema com competições é que alguém as vence”. Assim, argumenta-se que o governo deve intervir para impedir a formação de monopólios ou, uma vez formados, para controlá-los. Essa é a justificativa comum para as leis antitruste e agências regulatórias.

¹⁰ McGUIRE, Joseph William. *Business and Society*. New York: McGraw-Hill, 1963. p. 38-39.

¹¹ ARMENTANO, Dominick. *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*. Oakland: The Independent Institute, 2ª ed., 1999. p. 5-6.

rias como a *Interstate Commerce Commission* (ICC) e a *Civil Aeronautics Board* (CAB).

A melhor refutação histórica dessa tese está em dois livros do historiador socialista Gabriel Kolko: *The Triumph of Conservatism* [O Triunfo do Conservadorismo] e *Railroads and Regulation* [Ferrovias e Regulação]¹². Segundo Kolko, no final do século passado, os empresários acreditavam que o futuro residia na grandeza, com conglomerados e cartéis, mas que estavam errados. As organizações que formaram para controlar os mercados e reduzir custos quase sempre fracassavam, pois obtinham lucros menores do que os concorrentes menores, eram incapazes de fixar os preços e perdiam participação de mercado gradualmente.

As comissões regulatórias supostamente foram formadas para restringir os empresários monopolistas. Na verdade, diz Kolko, elas foram formadas por pedido dos monopolistas malsucedidos para impedir a concorrência que havia frustrado seus esforços. Os interessados em investigar a questão histórica devem ler os livros de Kolko, que tratam sobre a Era Progressista [...] ¹³.

Outro estudioso ligado à Escola Austríaca que compartilha da opinião de que as leis antitruste não foram editadas para proteger consumidores de supostos

¹² KOLKO, Gabriel. **The Triumph of Conservatism: A Re-interpretation of American History**. New York: Free Press of Glencoe, 1963; KOLKO, Gabriel. **Railroads and Regulation**. Princeton: Princeton University Press, 1965. Ao comentar essas obras, David Friedman afirma que “Kolko é um historiador socialista que diz, com amplas evidências, que no final do século XIX e início do XX, o capitalismo estava indo bem para todos, exceto para os capitalistas, que pensavam que poderiam ganhar mais dinheiro fazendo o governo intervir a favor deles”.

¹³ FRIEDMAN, David. **As Engrenagens da Liberdade**. Tradução colaborativa não oficial do Portal Libertarianismo. 2ª ed. p. 32 da versão em PDF. Disponível em <http://www.libertarianismo.org/index.php/biblioteca/32-david-d-friedman/63-as-engrenagens-da-liberdade>. Acesso em 08 de outubro de 2013. O autor também disponibiliza a versão original da obra em inglês, “*The Machinery of Freedom*”, no seu blog pessoal: http://www.davidfriedman.com/The_Machinery_of_Freedom_.pdf.

efeitos nocivos da concentração empresarial é Thomas DiLorenzo, professor da Loyola University Maryland, para quem a história do antitruste tem sido uma história de “caça às bruxas” lançada contra as empresas mais inovadoras e empreendedoras da América, caça essa normalmente instigada por concorrentes insatisfeitos por estarem perdendo mercado¹⁴. Em artigo escrito em parceria com Donald Boudreaux, DiLorenzo afirma:

Por mais de um século as leis antitruste rotineiramente têm sido usadas para impedir a concorrência, fornecendo meios para as empresas pouco competitivas processarem seus concorrentes pelo fato de estes diminuírem preços, inovarem, criarem novos produtos e aumentarem a produção. [...] O antitruste foi uma instituição protecionista desde o início; nunca houve uma ‘idade de ouro do antitruste’ caracterizada por cartelização desenfreada, como diz a história padrão sobre as suas origens¹⁵.

Ninos P. Malek, PhD em Economia pela George Mason University (GMU), compartilha da mesma opinião, sendo ainda mais enfático em sua crítica à legislação antitruste:

As empresas às vezes exortam o governo a intervir quando os seus concorrentes constituem uma ameaça para elas. Esta é a força motriz por trás da legislação antitruste. O suposto objetivo do antitruste é garantir a concorrência necessária à prosperidade de uma economia de mercado. Mas, na realidade, o antitruste é um porrete usado pelas empresas contra seus concorrentes com melhor desempenho. [...]

Uma rápida olhada nos casos julgados pelo FTC é suficiente para demonstrar esse ponto. Escolha qualquer caso dentre os inúmeros existentes e você vai encontrar uma força oculta por trás dele: uma empresa que

¹⁴ DiLORENZO, Thomas. Anti-trust, Anti-truth. In: **Organized Crime: The Unvarnished Truth About Government**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2012. p. 21-23.

¹⁵ BOUDREAUX, Donald J. & DiLORENZO, Thomas. The Protectionist Roots of Antitrust. In: **The Review of Austrian Economics**, Vol. 6, No. 2, 1993. p. 93.

procurou o estado para elaborar uma queixa contra um concorrente¹⁶.

Edwin S. Rockefeller, professor da Georgetown University, chegou a afirmar que o antitruste não podia ser qualificado como um “direito”, mas como uma religião cujo credo se baseia em quatro elementos:

- 1) A crença na lenda do caso *Standard Oil*;
- 2) O medo das grandes corporações;
- 3) A crença na “mágica” do poder de mercado;
- 4) A fé cega de que o governo pode nos proteger de todos esses males¹⁷.

Finalmente, pode-se citar também a opinião do juiz Robert H. Bork (1927-2012), o qual, embora não seja representante da Escola Austríaca nem defenda, como os seguidores dessa escola de pensamento, o fim do antitruste, pelo menos reconhece que a aplicação das leis antitruste, historicamente, acaba resultando em decisões com efeitos nitidamente prejudiciais aos consumidores¹⁸.

¹⁶ MALEK, Ninos P. Anti-trust is Anti-competitive. Disponível em <http://mises.org/daily/1555>. Acesso em 7 de outubro de 2013.

¹⁷ ROCKFELLER, Edwin S. **Antitrust Religion**. Washington D.C.: Cato Institute, 2007. p. 5. O autor ainda destaca que a religião do antitruste é mantida e preservada por seus devotados fiéis, que são os profissionais que atuam nessa área – advogados, professores e burocratas –, os quais ganham muito dinheiro e, por isso, não são nem um pouco receptivos a qualquer proposta de reforma ou revogação de suas regras (p. 15-25).

¹⁸ Robert Bork, assim como outros seguidores da Escola de Chicago, entende que o escopo da lei antitruste deve ser a maximização do bem-estar do consumidor, mas afirma que, paradoxalmente, a aplicação de suas regras pelos tribunais acaba produzindo inúmeras decisões anti-consumidor: BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Himself**. New York: The Free Press, 1978. No mesmo sentido, pode ser mencionada a opinião de Richard Posner, que chegou a afirmar que várias regras da lei antitruste americana deveriam ser revogadas, com exceção da seção 1 do *Sherman Act*: POSNER, Richard. **Antitrust Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 212. Para uma crítica a essa posição relativista da Escola de Chicago, que prega apenas a reforma do direito

Portanto, basta estudar a História com um pouco de cuidado para identificar os verdadeiros motivos que originaram a construção de todo o arcabouço normativo que fundamenta o direito antitruste. É o que faremos nos tópicos seguintes.

II - A ECONOMIA AMERICANA NO FINAL DO SÉCULO XIX.

Analisando a economia americana no período das discussões sobre o *Sherman Act* e no início de sua vigência, Thomas DiLorenzo verificou que as empresas acusadas de monopolização dos mercados estavam aumentando sua produção e reduzindo seus preços num ritmo muito maior do que o resto da economia como um todo. Nas suas palavras:

Num estudo¹⁹ publicado em junho de 1985 na *International Review of Law and Economics*, eu mostrei que as indústrias acusadas de ‘monopolização’ pelo senador John Sherman (1823-1900) e seus colegas estavam expandindo sua produção quatro vezes mais rápido do que a economia como um todo, em média (algumas, até, dez vezes mais rápido), na década anterior à edição da lei antitruste.

Eles também estavam baixando seus preços mais rápido do que o nível geral de preços estava caindo durante aquele período deflacionário. Os “trustes” foram submetidos a ataque político precisamente porque estavam fazendo produtos cada vez mais baratos, para o desespero de seus rivais menos eficientes, mas politicamente bem relacionados. O antitruste foi uma arma protecionista desde a sua mais remota origem²⁰.

No mencionado estudo, DiLorenzo cita dados comprovando que entre os anos 1880 e

antitruste, e não sua completa revogação, confira-se: BLOCK, Walter. Total Repeal of Antitrust Legislation: A Critique of Bork, Brozen, and Posner. In: **The Review of Austrian Economics**, Vol. 8, No. 1, 1994. p. 35-70.

¹⁹ DiLORENZO, Thomas. The Origins of Antitrust: An Interest-group Perspective. In: *International Review of Law and Economics*, No. 5, junho de 1985. p. 73-90.

²⁰ Idem. Anti-trust, Anti-truth. p. 21.

1890 a produção americana estava crescendo a uma média de 24%, enquanto os setores industriais em que atuavam as empresas acusadas de monopolização estavam crescendo a uma média de 175%, isto é, aproximadamente sete vezes mais. E alguns setores industriais específicos estavam verificando uma expansão da produção até dez vezes maior do que a média de crescimento da economia americana. Por exemplo: aço (258%), zinco (156%), carvão (153%), aço para trilhos ferroviários (142%), petróleo (79%) e açúcar (75%).

Quanto aos preços, os dados colacionados por DiLorenzo também são impressionantes. No período de 1880 a 1890, ou seja, nos dez anos anteriores à edição do *Sherman Act*, os preços nos setores industriais em que as empresas acusadas de monopolização atuavam sempre caíram, alguns sensivelmente. Por exemplo: aço para trilhos ferroviários (de 68 para 32 dólares: -53%), açúcar refinado (de 9 para 7 centavos de dólar: -22%), chumbo (de 5,04 para 4,41 dólares: -12%) e zinco (de 5,51 para 4,40 dólares: -20%)²¹.

Enfim, DiLorenzo demonstra haver evidências claras de que o *Sherman Act* nunca teve a intenção de promover a concorrência para proteger o consumidor, como muitos acreditam, sendo na verdade uma lei editada para atender a pressões protecionistas do final do século XIX, notadamente em favor das pequenas empresas. Nas suas palavras:

Assim, o Congresso reconheceu que os trustes eram na verdade responsáveis por trazer melhoras para o consumidor, baixando preços imensamente²². Os

²¹ A fonte dos dados colhidos pelo professor DiLorenzo é o próprio governo americano: **US Bureau of the Census, Statistical Abstract of the U.S.**, US Government Printing Office.

²² Quanto a esse fato, DiLorenzo transcreve falas de congressistas, durante o debate sobre o *Sherman Act*, nas quais eles reconhecem que as indústrias de açúcar e petróleo, duas das mais acusadas de monopolização por trustes, estavam realmente baixando seus preços de modo considerável. No mesmo sentido, mostrando que “o debate no Senado sobre o *Sherman Act* teve vários momentos anticonsumidor”, confira-se: HAZLETT, Thomas W. *The Legislative History of the Sherman Act*

congressistas faziam objeção, porém, ao fato de que empresários (“homens honestos”) menos eficientes (menores) estavam sendo retirados do mercado.

[Um dos propósitos do *Sherman Act* era] isolar certos grupos, especialmente pequenas empresas, dos rigores da concorrência. Se os trustes estivessem restringindo a produção (ou diminuindo sua expansão) e aumentando preços, pequenas empresas não reclamariam, pois elas se beneficiariam desse fato. Esse ponto é de considerável importância. É sabidamente reconhecido que pequenas empresas sempre iniciaram os processos antitruste contra seus concorrentes maiores (e geralmente mais eficientes). Como Armentano, Demsetz e outros têm demonstrado, esses processos servem tipicamente para proteger pequenas empresas da concorrência e inevitavelmente acarretam aumentos de preços²³.

DiLorenzo também destaca que, além da pressão protecionista em defesa das pequenas empresas, houve outro fator relevante para a aprovação do *Sherman Act* pelo Congresso americano:

Um segundo propósito do *Sherman Act* era satisfazer eleitores que tinham cada vez mais inveja do sucesso obtido por empresários do século XIX e que também ficaram chateados com a rápida mudança relativa de preços e salários. [...] A alteração relativa dos preços é muitas vezes uma característica da economia de mercado, dinâmica e competitiva. Mas grupos cujos salários e rendimentos caem relativamente (pelo menos temporariamente), muitas vezes protestam contra o governo, fazendo lobby em favor de medidas protecionistas de vários tipos, incluindo leis antitruste²⁴.

Quem corrobora a opinião do professor DiLorenzo é Thomas W. Hazlett da Escola de Direito da George Mason University, que, num estudo minucioso sobre a história do

Re-examined. **Economic Inquiry**, Vol. 30, No. 2, April 1992. p. 263.

²³ DiLORENZO. *The Origins of Antitrust: An Interest-group Perspective*. p. 81.

²⁴ Idem. *Ibidem.*, p. 81.

processo legislativo que deu origem ao *Sherman Act*, assim se manifesta sobre a situação da economia americana naquele período:

A principal anomalia da legislação antitruste norte-americana é que, se eliminar as distorções monopolísticas era o seu objetivo, o final dos anos 1800 e início do século XX parece ser um momento estranho para tal preocupação surgir. A economia americana estava justamente experimentando expansões vigorosas da produção, as empresas estavam reduzindo agressivamente os preços, aumentando realmente os salários, introduzindo novos produtos e técnicas industriais e baixando drasticamente seus custos. Além disso, as tecnologias recém-descobertas estavam causando mudanças estruturais dramáticas na paisagem econômica dos EUA, de tal forma que as oportunidades de exploração de monopólios locais estavam evaporando por toda parte²⁵.

Assim, a afirmação de que a lei antitruste americana foi criada para combater efeitos nocivos de supostos monopólios privados é, portanto, uma falácia cuidadosamente forjada ao longo dos anos. A real história americana do final do século XIX mostra grandes empresas aumentando a produção, reduzindo preços, inovando em tecnologia, criando novos produtos e serviços e impulsionando o desenvolvimento econômico e social dos EUA.

Os economistas que acreditam que houve uma “idade de ouro do antitruste” nunca produziram qualquer evidência disso. Como demonstrei neste trabalho, o *Sherman Act* foi um instrumento usado para regulamentar algumas das indústrias mais competitivas da América, que foram expandindo rapidamente sua produção e reduzindo os seus preços, para o desespero de seus menos eficientes (mas politicamente influentes) concorrentes. O *Sherman Act*, além disso, foi usado como um despiste para esconder a verdadeira causa do monopólio no final dos anos 1880: protecio-

nismo. O principal patrocinador do projeto de lei tarifária de 1890, que passou apenas três meses após o *Sherman Act*, não era outro senão o próprio senador Sherman²⁶.

Vale ressaltar que essa situação de queda de preços e expansão da produção industrial era fruto da intensa competição existente nos mais diversos setores da economia americana no final do século XIX. Thomas Woods, historiador americano formado em Harvard University e com PhD na Columbia University, afirma que o fim dos anos 1800, apesar de ser a era dos trustes e das grandes corporações, foi um período de extrema concorrência empresarial.

Na realidade, era muito difícil para as grandes empresas manterem sua posição dominante em várias áreas industriais dos EUA do final do século XIX. Isso era válido para ramos industriais tão diversos quanto petróleo, aço, ferro, automóveis, maquinaria agrícola, cobre, acondicionamento de carne e serviços de telefonia. A concorrência era extremamente vigorosa²⁷.

Essa mesma opinião é compartilhada, conforme já destacamos no tópico anterior, pelo historiador socialista Gabriel Kolko, que assim resumiu sua pesquisa sobre o período histórico da edição do *Sherman Act*:

Houve durante esse período uma tendência dominante para o crescimento da concorrência. A concorrência era inaceitável para muitos dos principais líderes empresariais e financeiros, e o movimento de fusão foi em larga medida uma repercussão dos efeitos de negócios voluntários mal-sucedidos de colocar sob controle tendências irresistíveis. [...] Como surgiram novos concorrentes e como o poder econômico foi difundido por toda uma nação em expansão, tornou-se

²⁵ HAZLETT. The Legislative History of the *Sherman Act* Re-examined. p. 263. No mesmo sentido: BAXTER, William. **The Political Economy of Antitrust**. Lexington: Lexington Books, 1980. Baxter, que foi diretor da divisão antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, afirmou: “as leis antitruste consistentemente produzem resultados que são contrários ao objetivo de eficiência econômica” (p. 4).

²⁶ DiLORENZO, Thomas. The Truth About Sherman. Disponível em <https://mises.org/daily/331>. Acesso em 8 de outubro de 2013.

²⁷ WOODS, Thomas. Monopólio e Livre Mercado: Uma Antítese. Trad. Leandro Augusto Gomes Roque. Disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=366>. Acesso em 9 de outubro de 2013.

evidente para muitos empresários importantes que só o governo nacional poderia (controlar e estabilizar) a economia [...]. Ironicamente, ao contrário do consenso entre os historiadores, não foi a existência do monopólio que provocou o governo a intervir na economia, mas a sua ausência²⁸.

No mesmo sentido opina o professor Hans-Hermann Hoppe, o qual, antes de citar o excerto do próprio Kolko transcrito acima, assim afirma:

No que diz respeito à evidência histórica, se a tese dos críticos do capitalismo fosse verdadeira, seria preciso então esperar uma tendência mais nítida rumo a uma monopolização sob um capitalismo *laissez-faire* mais livre, sem entraves e desregulado do que sob um sistema relativamente e mais pesadamente regulado de capitalismo de “bem estar” ou de capitalismo “social”. No entanto, a história fornece evidência de resultados precisamente opostos. Há um consenso em relação à avaliação do período entre 1867 e a Primeira Guerra Mundial como sendo o período relativamente mais capitalista na história dos Estados Unidos e o período seguinte como sendo, comparativamente, o de aumento da regulação do mercado e da legislação do estado de bem-estar social. Porém, analisando a questão, se verifica que não houve somente menos desenvolvimento rumo à monopolização e a concentração de empresas no primeiro período em relação ao segundo, mas também que durante o primeiro período era possível observar uma tendência constante para uma concorrência mais séria com os preços de quase todos os bens caindo continuamente. E essa tendência só foi interrompida e revertida quando no decorrer do tempo o sistema de mercado foi muito mais obstruído e destruído pela intervenção do estado. O crescimento da monopolização só se estabeleceu quando os principais empresários conseguiram persuadir o governo a interferir no sistema de concorrência feroz e aprovar uma legislação reguladora, impondo um sistema de concorrência “ordeira” para proteger as grandes empresas

da chamada concorrência cruel que nascia continuamente em torno delas²⁹.

Portanto, o que motivou a criação da lei antitruste americana – e o que sustenta todas as leis antitruste até os dias atuais – foi o protecionismo³⁰ e o intervencionismo. É interessante para o governo ter, como moeda de troca, a possibilidade de fustigar empresas que estejam incomodando os “amigos do rei”. E muitas empresas, principalmente aquelas menos eficientes, também gostam de saber que podem contar com a ajuda do governo na hora de atacar concorrentes mais eficientes. Como bem resumiu Edwin S. Rockfeller, o *Sherman Act* foi promulgado para resolver um “problema” básico do capitalismo: “o que fazer com os perdedores”?³¹

III - ALGUNS CASOS EMBLEMÁTICOS DE APLICAÇÃO DO *SHERMAN ACT*.

O professor Dominick Armentano pesquisou mais de 50 processos antitruste que se tornaram famosos na história da economia americana. A conclusão de sua pesquisa demonstra que em todos os casos as empresas acusadas estavam baixando preços, expandindo a produção, inovando em tecnologia, criando novos produtos e serviços e, geralmente, beneficiando consumidores.

Alguns casos históricos, notadamente os ocorridos no período inicial de vigência do *Sherman Act*, são realmente impressionantes³²,

²⁹ HOPPE, Hans-Hermann. **Uma Teoria do Socialismo e do Capitalismo**. Trad. Bruno Garschagen. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. p. 172.

³⁰ Para uma visão alternativa à do *mainstream* acadêmico, sugerindo que “o *Sherman Act* foi editado principalmente não para defender o bem-estar do consumidor, mas para atender a interesses especiais de grupos políticos”, confira-se: HAZLETT. *The Legislative History of the Sherman Act Re-examined*. p. 263.

³¹ ROCKFELLER. **Antitrust Religion**. p. 99.

³² Para uma leitura resumida de vários casos históricos em que o *Sherman Act* foi usado para processar e até mesmo para condenar empresas americanas eficientes

²⁸ KOLKO. **The Triumph of Conservatism**. p. 4-5.

como o da ALCOA, uma das empresas que foi acusada de “monopolização” na fase inicial do direito antitruste americano.

A ALCOA foi fundada em 1887, quando se chamava *Pittsburgh Reduction Company*. Nessa época, a libra de alumínio custava 5 dólares. Pois bem. Em aproximadamente 50 anos, a ALCOA passou a dominar o mercado de alumínio, razão pela qual foi acusada, em 1937, de “monopolização”, com fundamento no *Sherman Act*. Ocorre que ela, durante esse período, com base na sua eficiência, reduziu o preço da libra de alumínio para ínfimos 22 centavos de dólar. Em suma: a ALCOA foi processada porque reduziu em aproximadamente 95% o preço final do produto que comercializava.

Em primeira instância a ALCOA foi absolvida: em 1939, o juiz Francis Gordon Caffey (1868-1951) rejeitou quase 150 acusações contra a empresa, incluindo alegações de que eles monopolizaram sítios hidrelétricos e a bauxita, matéria-prima a partir da qual o lingote de alumínio é feito. O juiz Caffey, após analisar o caso por dois anos, entendeu que a ALCOA inovou em tecnologia, expandiu sua capacidade de refino e baixou os preços do lingote por 50 anos, tendo um retorno muito modesto para todo o seu investimento.

No entanto, em segunda instância a decisão do juiz Caffey foi reformada, e o tribunal condenou a ALCOA, mesmo reconhecendo que ela conquistou mercado com base na sua maior eficiência. Uma decisão dessas, obviamente, não protege consumidores, mas concorrentes ineficientes. Comentando-a, DiLorenzo afirmou:

No que talvez seja o melhor exemplo de decisão absurda na história do antitruste, em 1944 o juiz Learned Hand (1872-1961) condenou a Alcoa por “monopolizar” o mercado de lingote de alumínio, pelo fato de ela empregar “habilidade superior e

capacidade de previsão” [...]. Ele condenou a Alcoa por ser extremamente hábil em antecipar corretamente a demanda do mercado para o seu produto e atender essa demanda, “excluindo” os concorrentes que cobravam preços mais elevados.

A Alcoa “abraçou cada nova oportunidade” com uma “grande organização”, entou o Juiz Hand, e montou seu *staff* com uma “elite de homens de negócios”. Esse “pecado” deve ser punido, disse o juiz³³.

Outro caso conhecido é o da Standard Oil, de John Rockefeller (1839-1937), acusada de monopolizar a indústria do petróleo, praticar preços predatórios para destruir rivais e cobrar preços abusivos de seus consumidores. Comentando esse caso, Dominick Armentano diz:

A explicação popular para o caso da Standard Oil é que ela monopolizou a indústria do petróleo, destruiu concorrentes usando a tática do preço predatório, aumentou os preços para os consumidores e foi punida pela Suprema Corte por causa dessas transgressões. Ótima história, mas totalmente falsa.³⁴

No mesmo sentido, o professor Gary Galles, da Pepperdine University, afirma que: O problema com o mito do caso de preços predatórios da Standard Oil, que é a base da legislação antitruste e das montanhas de processos judiciais que ela tem gerado, é que os fatos não são apenas falsos, mas na verdade o oposto do que realmente aconteceu³⁵.

Com efeito, durante o suposto “monopólio” da Standard Oil o preço do barril de querosene caiu de 30 para um pouco menos

que estavam liderando seus mercados de forma legítima, confira-se: GORDON, John Steele. *Read your History*, Janet. Disponível em <http://www.forbes.com/forbes/1998/0223/6104092a.html>. Acesso em 16 de dezembro de 2013.

³³ DiLORENZO. *Anti-trust, Anti-truth*. p. 22.

³⁴ ARMENTANO, Dominick. *A Politically Incorrect Guide to Antitrust Policy*. Disponível em <http://mises.org/daily/2694/A-Politically-Incorrect-Guide-to-Antitrust-Policy>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

³⁵ GALLES, Gary. *100 Years of Myths about Standard Oil*. Disponível em <http://mises.org/daily/5274/100-Years-of-Myths-about-Standard-Oil>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

de 6 centavos de dólar. A empresa de Rockefeller, que em 1870 tinha apenas 4% de participação no mercado, conseguiu tal façanha porque foi aumentando progressivamente sua eficiência e, conseqüentemente, reduzindo seus custos de refino do petróleo. E, por mais que a Standard Oil tenha aumentado expressivamente sua participação no mercado ao longo dos anos, ela jamais conseguiu ser “monopolista”, tanto que em 1911, ano em que foi condenada pela Suprema Corte, ela tinha aproximadamente 150 concorrentes, incluindo grandes empresas como a Texaco e a Shell.

O caso da Standard Oil é sem dúvida o mais famoso caso antitruste da história, e muito do ódio alimentado contra a empresa e seu fundador, John Rockefeller, é devido ao trabalho da jornalista Ida Tarbell (1857-1944). Disse ela, em conhecida obra sobre o caso:

Ele [a autora se refere a Rockefeller] praticou preços predatórios para destruir seus rivais de mercado com a mesma deliberação e persistência que caracterizou todos os seus esforços, e no longo prazo ele sempre venceu³⁶.

No entanto, um dos estudos mais completos sobre esse caso foi escrito por John McGee, que ao final concluiu não haver nenhuma evidência de que a Standard Oil tenha praticado condutas anticoncorrenciais de precificação predatória, tal como Tarbell acusou e muitos alegam até os dias atuais. Nas suas palavras:

A julgar o registro histórico, a Standard Oil não usou a tática discriminatória de preços predatórios para expulsar as refinarias concorrentes, nem a sua política de preços teve esse efeito. Considerando que pode haver muito poucos casos em que vendedores varejistas de querosene saíram do negócio após ou durante o corte

de preços, não há nenhuma prova real de que as políticas de preços da Standard Oil foram responsáveis por isso. Estou convencido de que a Standard Oil não fez sistematicamente, ou sequer fez, uso do corte de preços no varejo local, ou em qualquer outro lugar, para reduzir a competição. Caso tivesse feito, teria sido ingênua; e, pode-se falar o que se quiser sobre eles, mas a antiga administração da Standard Oil raramente foi criticada por fazer menos dinheiro quando poderia facilmente ter feito mais³⁷.

Outro caso antitruste célebre foi o da American Tobacco, condenada em 1911 pela mesma acusação vaga de tentativa de monopolização. O caso é semelhante em muitos aspectos ao da Standard Oil.

A American Tobacco montou um grande conglomerado através da fusão com pequenas empresas especializadas. No entanto, ela nunca monopolizou a indústria do tabaco nem conseguiu elevar os preços dos seus produtos. Ao contrário: o preço do milheiro de cigarros caiu de 2,7 para 2,2 dólares entre os anos de 1895 e 1907, mesmo com um aumento de 40% dos custos com matéria-prima nesse período. E a concorrência nesse mercado sempre foi vigorosa, com milhares de empresas competindo em razão da facilidade de entrada e da alta disponibilidade de matéria-prima. Assim como a Standard Oil, a holding American Tobacco foi desfeita pela Suprema Corte sob a acusação de tentativa de monopolização, mas jamais se demonstrou que ela tenha, com sua atuação empresarial, causado prejuízo aos consumidores da indústria tabagista.

O caso da Brown Shoe, fábrica de calçados que no final dos anos 1950 adquiriu a Kinney, uma rede de lojas de sapato, também é famoso por demonstrar como decisões baseadas na lei antitruste podem ser contrárias aos interesses dos consumidores, mas muito benéficas para os concorrentes da empresa acusada.

O tribunal admitiu que a fusão melhorou a eficiência da Brown Shoe, permitindo-a baixar preços e criar novos produtos, mas

³⁶ TARBELL, Ida. *The History of the Standard Oil Company*. New York: Peter Smith, 1950. Segundo o professor Thomas DiLorenzo, Tarbell tinha raiva da *Standard Oil* porque a empresa de Rockefeller, com seus preços baixos e maior eficiência competitiva, teria retirado do mercado de refino de petróleo a concorrente *Pure Oil*, onde o irmão dela trabalhava como tesoureiro: DiLORENZO, Thomas J. *The Myth of Predatory Pricing*. In: *Cato Policy Analysis*. No. 169, February 1992.

³⁷ MCGEE, John S. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*. *Journal of Law and Economics*. Vol. 1, October de 1958. p. 168.

mesmo assim entendeu que a operação era destrutiva para concorrência e contrária aos princípios da lei antitruste, não obstante fosse claramente benéfica para os consumidores, que tinham agora uma empresa capaz de fornecer mais produtos, com maior qualidade e menor preço. Assim, a Brown Shoe foi obrigada a se desfazer da Kinney.

A decisão desse caso espanta não apenas pelo fato de a fusão entre a fábrica e a rede de lojas ter propiciado nítidos benefícios para o mercado consumidor de calçados, mas também pelo fato de que ambas as empresas tinham pequena participação em seus respectivos mercados: em 1956, a Brown Shoe tinha apenas 4% do mercado de produção de calçados, e a Kinney tinha 845 lojas num universo de mais de 70.000 estabelecimentos dos seus variados concorrentes. Além disso, tanto o mercado de fabricação quanto o de venda de calçados eram de fácil entrada por novos competidores. Em suma: “se a decisão do caso Brown Shoe não foi a pior da história do antitruste (afinal de contas, nesse aspecto a competição é grande), certamente foi uma das piores”³⁸.

Mais um caso antitruste que merece menção é o da IBM, que em 1969 tinha 65% de participação no mercado de computadores e foi processada sob a alegação de tentativa de monopolização, acusação que o próprio governo abandonou treze anos depois. Segundo Armentano:

Estava claro desde o início que a acusação do governo americano e de diversas empresas privadas concorrentes contra a IBM eram todas fundamentalmente equivocadas. Elas eram, simplesmente, ataques à eficiência e ao sucesso empresarial da IBM. Claramente, a IBM não estava restringindo a produção para aumentar preços e maximizar lucros, nem estava obstruindo a inovação. Ao contrário, a IBM tinha alcançado seu considerável sucesso e participação de mercado assumindo riscos em pesquisa sem prece-

des, criando produtos inovadores e desenvolvendo um compromisso empresarial de longo prazo para serviços de suporte ao cliente, algo sem igual na época. A maioria das alegadas condutas desleais que lhe foram imputadas, tais como descontos educacionais e venda casada de hardwares e softwares, eram apenas excludentes para concorrentes menos eficientes – alguns maiores que a IBM, alguns menores –, que não conseguiam igualar o desempenho de mercado global da IBM.

Além disso, e contrariamente às afirmações do governo e das empresas acusadoras, o considerável sucesso empresarial da IBM não atingiu o crescimento total das demais empresas e da indústria de processamento de dados em geral. A IBM cresceu rapidamente, mas a indústria cresceu ainda mais rápido. A participação da IBM nas receitas domésticas do mercado de processamento de dados eletrônicos caiu de 78% em 1952 para 33% em 1972, evidência clara da inexistência de monopolização. O procurador-geral adjunto William Baxter (1929-1998) entendeu essa verdadeira situação quando, em 1982, seu departamento abandonou sua absurda acusação, alegando que ela era infundada³⁹.

Apesar de a IBM não ter sido condenada nesse processo, com certeza passar mais de uma década sofrendo tais acusações enfraqueceu a empresa, que nesse ínterim foi desbancada por concorrentes como a Intel e a Microsoft.

A propósito, a Microsoft também foi vítima de um caso antitruste, este bem mais recente⁴⁰: no início dos anos 1990, a *Federal Trade Commission* investigou a empresa por causa de suas práticas de licenciamento de *softwares*, mas encerrou a investigação em 1992 sem fazer nenhuma acusação. No entanto, logo depois, por pressão do governo, o caso foi

³⁸ ARMENTANO, Dominick. **Antitrust: The Case for Repeal**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2ª ed., 2007. p. 79.

³⁹ Idem. *Ibidem.*, p. 14-15.

⁴⁰ Um resumo detalhado do processo antitruste contra a Microsoft, de 1994 a 2004, pode ser lido em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/microsoft-cronologia.shtml>.

reaberto, e o Departamento de Justiça acusou a Microsoft, que optou por fazer um acordo aceitando alterações nos seus contratos com fabricantes de computadores.

Porém, no final dos anos 1990, o Departamento de Justiça americano e outros vinte estados acusaram novamente a empresa, dessa vez sob a alegação de que ela teria o “monopólio” do sistema operacional de computadores e estaria tentando alavancar esse suposto monopólio para outros produtos ou serviços, integrando seu *browser* numa operação de “venda casada”: a Microsoft estaria forçando os fabricantes de computadores a vender seu navegador (*Internet Explorer*) junto com seu sistema operacional (*Windows 95*).

O estudo cuidadoso desse processo contra a Microsoft, porém, mostra como as leis antitruste servem para que concorrentes insatisfeitos ataquem empresas mais eficientes e prejudiquem, em última instância, os consumidores.

O domínio do mercado por parte da Microsoft era resultado de sua maior eficiência competitiva, sobretudo porque não havia barreiras à entrada de novos competidores e sistemas operacionais substitutos podiam ser oferecidos por outras empresas, o que tornava esse mercado extremamente competitivo. A Microsoft conquistou mercado porque a produção e a distribuição de um sistema operacional padronizado e integrado custavam menos e o tornavam mais fácil de ser usado, algo que, obviamente, só trazia benefícios para os consumidores. Em suma: a Microsoft foi vítima do próprio sucesso de suas práticas empresariais, como ao longo da história aconteceu com tantas empresas americanas processadas com base no *Sherman Act*.

Vale salientar ainda que os danos que a legislação antitruste causou à economia americana nem sempre decorreram de sua aplicação direta em casos de condenação de empresas. O clima de medo que se criou em vários mercados fez com que muitas empresas evitassem fusões ou aquisições, a fim de não serem investigadas pela FTC ou acusadas pelo Departamento de Justiça.

Segundo DiLorenzo, foi justamente esse medo das leis antitruste que contribuiu para a ruína da General Motors, que entre 1937 e 1956 adotou uma política de nunca ultrapassar a marca de 45% de participação no mercado da indústria automobilística. Isso fez com que ela perdesse competitividade, sobretudo perante concorrentes estrangeiros, como as fábricas japonesas de veículos.

DiLorenzo também menciona que a regulação antitruste, ao proibir que a Pan American World Airways adquirisse rotas domésticas para alimentar seus voos internacionais, levou essa empresa à falência⁴¹.

O medo da lei antitruste, sobretudo em razão dos conceitos vagos que ela utiliza para definir o que são condutas anticoncorrentes criminosas, faz com que os empresários fiquem mais preocupados em atender os burocratas do que em satisfazer os interesses dos consumidores. Como disse Murray N. Rothbard (1926-1995):

A lei nos Estados Unidos é formulada em termos vagos e indefinidos, permitindo que a Administração e os tribunais omitam definir antecipadamente o que é e o que não é um crime “monopolista”. Considerando que o direito anglo-saxão se baseou em uma estrutura de definições claras de crime, conhecidos de antemão e detectáveis pelo júri após o devido processo legal, as leis antitruste prosperam na imprecisão deliberada e decisões judiciais *ex post facto*. Nenhum empresário sabe quando cometeu um crime e quando não o cometeu, e nunca saberá, a não ser que o governo, talvez depois de outra mudança em seus critérios a respeito do crime, aborde e processe o indivíduo. Os efeitos destas regras arbitrarias e descobertas de “crimes” *ex post facto* são múltiplos; a iniciativa privada é prejudicada, os empresários têm medo e são subservientes às regras arbitrarias dos funcionários públicos; e a empresa é impedida de ser eficiente no serviço ao consumidor. Já que as empresas tendem sempre a adotar essas práticas e a escala de atividade que aumenta os lucros e a renda, além de servir os consumidores da

⁴¹ DiLORENZO. Anti-trust, Anti-truth. p. 23.

melhor maneira, qualquer assédio à prática comercial por parte do governo pode apenas comprometer a eficiência da empresa e recompensar as ineficientes⁴².

Enfim, inúmeros outros casos antitruste, antigos e recentes, que prejudicaram a economia americana podem ser citados. E, conforme já dito, a análise minuciosa de todos eles demonstra que as empresas acusadas com base na legislação antitruste americana ao longo da história estavam aumentando a produção, baixando preços, inovando em tecnologia, criando novos produtos e, conseqüentemente, gerando benefícios constantes para os seus consumidores⁴³.

III.1 - A História se Repete: Os Recentes Ataques ao “Googlepolio”

Como visto no tópico antecedente, a legislação antitruste americana, inspiração de todas as demais leis antitruste, inclusive a brasileira, sempre foi usada contra as empresas mais eficientes dos EUA. Standard Oil, ALCOA, IBM, Microsoft, dentre outras, foram atacadas não por outro motivo, senão pelo fato de que sua maior eficiência e seu conseqüente domínio de mercado incomodavam seus concorrentes, os quais, incapazes de vencer a disputa por consumidores na arena do mercado, logo recorriam ao estado, usando todo o arsenal disponível nas leis de “defesa da concorrência”. Nas palavras de Edwin S. Rockefeller:

Ataques do governo sobre uma alegada monopolização são raros, mas há sempre o perigo para os empresários de sucesso, especialmente os inovadores, de que os concorrentes perdedores irão pressionar

funcionários ativistas do governo a fazer algo. Assistidos por advogados e economistas criativos, perdedores podem impor ao empresário bem sucedido pesados custos financeiros para defender o sucesso do seu negócio contra ações vultosas, com resultados imprevisíveis⁴⁴.

Se uma determinada empresa pretende ficar longe de processos antitruste, o estudo minucioso da história mostra que o segredo para isso é não ser eficiente demais e, conseqüentemente, nunca alcançar o domínio de um mercado específico de bens e/ou serviços. Caso isso ocorra, a probabilidade de que as leis antitruste sejam usadas contra essa empresa é extremamente grande, seja para restringir ou impedir um ato de concentração empresarial que vise a otimizar sua logística, reduzir seus custos fixos, aumentar sua eficiência ou ampliar seu alcance geográfico (uma fusão ou a aquisição de um concorrente, por exemplo), seja para reprimi-la pela adoção de uma estratégia empresarial inovadora (condenação pela prática de “abuso de posição dominante”, por exemplo, uma conduta descrita na lei de modo propositalmente vago).

Para comprovar a veracidade de tais afirmações, é imprescindível mencionar o que está acontecendo atualmente com o *Google*: em 2011, o Presidente Executivo da empresa, Eric Schmit, foi convocado para uma audiência na comissão antitruste do Senado americano, onde teve de responder a acusações – feitas por presidentes de empresas rivais, obviamente – de que estava cometendo abuso de posição dominante no serviço de busca na Internet, em detrimento de concorrentes menores⁴⁵.

Como o *Google* é uma empresa com atuação global, essas acusações foram replicadas perante outras autoridades antitruste,

⁴² ROTHBARD, Murray N. **Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal**. Trad. Márcia Xavier de Brito e Alessandra Lass. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. p. 81.

⁴³ Para informações mais detalhadas sobre todos esses casos, com comentários sobre as acusações, as decisões e seus efeitos, confira-se: ARMENTANO. **Antitrust and Monopoly**.

⁴⁴ ROCKFELLER. **Antitrust Religion**. p. 56.

⁴⁵ Fonte: <http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/story/2011-09-21/google-eric-schmidt-senate-hearing/50501988/1>. Após dois anos de investigação, porém, o *Google* livrou-se das acusações. Fonte: <http://www.nytimes.com/2013/01/04/technology/google-agrees-to-changes-in-search-ending-us-antitrust-inquiry.html>.

instalando-se uma verdadeira cruzada contra essa empresa. A propósito, confira-se a seguinte notícia, publicada pelo próprio CADE, a agência antitruste brasileira, em seu site:

CADE investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online

11/10/2013

A Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE instaurou, por meio de despachos publicados no DOU desta sexta-feira (11/10), três processos administrativos para apurar supostas práticas anticompetitivas adotadas pelo *Google Inc.* e pelo *Google Brasil Internet Ltda.* no mercado brasileiro de buscas online. A investigação teve início a partir de denúncias apresentadas ao órgão antitruste pelas empresas E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., detentora dos sites Buscapé e Bondfaro, e também pela Microsoft Corporation, controladora do site de buscas Bing.

O site de busca online Google, hoje amplamente utilizado por usuários da internet, disponibiliza gratuitamente uma ferramenta de busca que permite o livre e rápido acesso a informações e conteúdos na web. Parte dos resultados da busca entregue ao internauta é divulgada em um espaço da página conhecido como “busca orgânica”, na qual os sites listados não pagam ao Google Buscas nenhum tipo de remuneração, e são supostamente buscados e ordenados por meio de um algoritmo estabelecido pelo Google, segundo determinados critérios. Outro espaço na página de busca expõe como resultados os chamados “links patrocinados”, compostos por sites que promovem campanhas publicitárias de seus produtos e remuneram o Google para serem ali divulgados.

Existem também sites especializados nas chamadas buscas temáticas, serviços de pesquisa específica a consumidores e empresas, tais como comparação de preços de produtos ofertados na internet. É o que oferecem, por exemplo, os sites Buscapé e Bondfaro. O próprio Google possui sites de busca temática, como o Google Images, o Google Books, o Google News e o Google

Shopping – este especializado em busca de lojas e de preços de produtos.

Os processos administrativos instaurados pela Superintendência-Geral investigam as seguintes condutas:

- Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94: apura, conforme denúncia da E-Commerce, se o Google Buscas estaria inadequadamente privilegiando, nos resultados da busca orgânica, os seus próprios sites temáticos, como o Google Shopping, em detrimento de sites concorrentes, como Buscapé e Bondfaro. Também será apurada a alegação da E-Commerce de que o Google Shopping estaria indevidamente sendo posicionado de modo privilegiado em outros espaços da página (entre os links patrocinados), novamente com o intuito de se beneficiar frente aos concorrentes. O processo investiga, ainda, se o Google Buscas estaria diminuindo o espaço da busca orgânica em relação à patrocinada e se estaria adotando mecanismos para confundir o usuário na identificação dos resultados de busca orgânica e patrocinada, com potenciais efeitos anticompetitivos.

Outra conduta investigada nesse processo relaciona-se à alegação de que o Google Buscas, de forma potencialmente discriminatória, permitiria a veiculação de anúncios com foto – supostamente uma forma mais atraente de exposição – pelo Google Shopping, mas não por sites temáticos concorrentes. A denúncia feita ao CADE alega que o Google teria, primeiramente, recusado a venda de espaço para anúncio com foto ao rival Buscapé, e, posteriormente, exigido o fornecimento de dados concorrencialmente sensíveis do concorrente para permitir o anúncio.

- Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03: apura denúncia de prática denominada “scraping”. Trata-se de suposta “raspagem”, pelo Google, de conteúdo concorrencialmente relevante de sites temáticos rivais para uso em seus buscadores temáticos. Segundo a representação da E-Commerce, o Google Shopping teria indevidamente se apropriado de reviews (comentários de clientes opinando sobre qualidades ou defeitos de lojistas e produtos) reunidos pelos sites de compa-

ração de preços Buscapé e Bondfaro. De acordo com a denúncia, uma vez que as opiniões dos usuários sobre produtos e serviços agregam informações relevantes e são um atrativo para ferramentas de buscas temáticas para compras, com essa prática o Google estaria subtraindo vantagens competitivas detidas por esses rivais e delas se beneficiando. Ainda segundo as alegações feitas ao Cade, o Google impediria que seus concorrentes fizessem a “raspagem” de sites temáticos a ele pertencentes.

• Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19: apura supostas restrições anticompetitivas do contrato de prestação de serviços da plataforma de publicidade online do Google, conhecida como Google AdWords. Por meio dessa plataforma, os anunciantes que compram espaços publicitários na página do Google gerenciam suas campanhas publicitárias, definindo, por exemplo, as palavras-chaves às quais querem associar seus anúncios, de modo que apareçam nos resultados de buscas por determinadas expressões, tais como “televisão” ou “celular”. Também é por meio dessa plataforma que são selecionados os anunciantes que aparecem no espaço limitado de links patrocinados do Google, disputa essa que ocorre por mecanismo de leilão, segundo critérios como valor do lance e qualidade do anúncio. De acordo com a Microsoft, o Google teria imposto restrições que dificultam que os anunciantes gerenciem suas campanhas publicitárias, simultaneamente, no Google e em outros buscadores concorrentes – tipo de interoperabilidade denominada, em inglês, *multihoming*. Segundo as alegações trazidas ao CADE, o *multihoming* facilita e diminui os custos de montar e gerenciar campanhas nas diferentes plataformas de busca, e possibilita comparar o desempenho de cada plataforma. Ainda segundo a denúncia, ao impor restrições de compartilhamento de informações nas plataformas de anúncios, o Google acabaria por desestimular os anunciantes a também veicularem campanhas em buscadores rivais, prejudicando o desenvolvimento desses concorrentes, já com reduzida fatia do mercado.

As condutas investigadas, caso compro-

vadas, podem dificultar a entrada e o desenvolvimento de concorrentes no mercado brasileiro de buscas online, além de incrementar o já elevado poder de mercado do Google nesse segmento – próximo a 99% segundo algumas análises. Desse modo, resultariam em obstáculos a inovações, menos opções de empresas, produtos e serviços aos usuários e, eventualmente, impactos nos preços de produtos e serviços ofertados aos consumidores online.

Com a instauração dos processos, o Google será notificado para apresentar defesa. Ao final da instrução, a Superintendência-Geral emitirá parecer opinando pela condenação ou pelo arquivamento dos processos, e enviará os casos para julgamento final pelo Tribunal do CADE.⁴⁶

A notícia fala por si mesma: o Google, empresa líder de mercado em razão de sua maior eficiência, está sendo alvo de processos antitruste iniciados por alguns de seus principais concorrentes, exatamente como sempre ocorreu longo da história do direito antitruste.

Assim como ocorreu com a Standard Oil, com a ALCOA, com a IBM, com a Microsoft e com tantas outras empresas que foram alvo das agências antitruste, o Google não está sendo processado por prejudicar consumidores, mas por incomodar concorrentes em razão de conseguir a liderança de mercado com base na sua maior eficiência competitiva.

A título ilustrativo, basta citar que no ano de 2013 – exatamente o ano em que o CADE iniciou os processos acima listados – o Google foi eleito a melhor empresa do mundo para se trabalhar⁴⁷, a empresa mais inovadora do mundo⁴⁸ e uma das três empresas

⁴⁶ Fonte: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7acd5cad47dc33f00532025eeb6f>.

⁴⁷ A eleição é feita pelo *Great Place to Work*: <http://www.greatplacetowork.com.br/melhores-empresas/gptw-mundial/lista-dos-25-melhores-de-2013>.

⁴⁸ A eleição é feita pela *Fast Company*: <http://www.fastcompany.com/3026098/most-innovative-companies-2014/the-worlds-most-innovative-companies-2014>.

mais admiradas do mundo⁴⁹. Enfim, nenhum consumidor parece estar preocupado com a atuação empresarial do Google. Seus concorrentes, porém, estão muito incomodados.

IV - A PRESSÃO POLÍTICA PELA APROVAÇÃO DO *SHERMAN ACT*.

Conforme visto em tópicos antecedentes, não foi um suposto efeito negativo sobre os consumidores provocado pelos “monopólios” o que preocupou os criadores do *Sherman Act* e de todas as leis antitruste que o copiaram. Obviamente, não eram os consumidores que estavam incomodados com essa postura das empresas “monopolistas” de aumentar exponencialmente a produção, baixar consideravelmente os preços, inovar constantemente em tecnologia e criar novos produtos e serviços. Quem estava preocupado com isso eram os concorrentes dessas empresas, e foram eles que passaram a pressionar os políticos a aprovarem uma lei antitruste.

Quem mais pressionou o governo para aprovação do *Sherman Act* foram os pequenos produtores rurais, por meio de seus sindicatos (os *grangers*) e da *Farmer's Alliance*, sem dúvida a coalização política mais poderosa e influente no período de discussão legislativa da lei antitruste americana. Esses pequenos produtores não estavam agindo em defesa da liberdade econômica ou dos consumidores, mas de seus próprios interesses, já que grandes empresas – como a Swift – estavam lhes tomando mercado oferecendo produtos mais baratos e melhores.

Os *grangers* e a *Farmer's Alliance* tinham basicamente dois objetivos políticos: 1º) proteger os pequenos fazendeiros que estavam tendo dificuldade para competir com as grandes fazendas, chamadas na época de “monopólios de terra”, e 2º) regular as tarifas das ferrovias⁵⁰.

⁴⁹ A eleição é feita pela APCO Worldwide: <http://www.rankingthebrands.com/PDF/The%20100%20Most%20Loved%20Companies%202013,%20APCO.pdf>.

⁵⁰ DiLORENZO. The Origins of Antitrust: An Interest-group Perspective. p. 75.

Os fazendeiros do sul, por exemplo, estavam preocupados com o fato de os panos de algodão que eles produziam estarem sendo substituídos por sacos de juta: em alguns estados, como Mississippi, Georgia e Tennessee, os fazendeiros conseguiram aprovar resoluções que condenavam o uso de juta e recomendavam o uso de algodão⁵¹.

Ademais, muitos fazendeiros acusaram as ferrovias de estarem formando monopólios e aumentando preços. Essa versão da história é amplamente aceita e contada nos manuais de direito antitruste, mas não é verdadeira, porque na verdade as tarifas das ferrovias estavam caindo progressivamente antes da edição do *Sherman Act*, numa média maior do que a queda geral de preços da economia americana entre os anos de 1865 e 1900. O que irritava realmente os pequenos fazendeiros é que as ferrovias davam descontos aos seus grandes clientes; então, como eles não recebiam tais descontos, queriam proibir seus concorrentes maiores de os receberem também⁵².

Enfim, as reivindicações dos *grangers* e da *Farmer's Alliance* eram sempre por medidas protecionistas que os favoreciam, mas prejudicavam os consumidores por serem absolutamente anticoncorrenciais, assim como ocorre até os dias atuais: sempre que empresários de um determinado setor da economia perdem mercado para concorrentes maiores ou mais eficientes, recorrem ao governo pedindo medidas protecionistas, e o governo as adota rapidamente, usando argumentos supostamente pró-sociedade para justificá-las (evitar o desemprego, defender a indústria nacional etc.)⁵³.

⁵¹ GORDON, Sanford D. Attitudes Towards Trusts Prior to the Sherman Act. *Southern Economic Journal*, Vol. 30, No. 2, October 1963. p. 158.

⁵² DiLORENZO. The Origins of Antitrust: An Interest-group Perspective. p. 75-76.

⁵³ É interessante notar como a história sempre se repete de modo enfadonho. Basta citar dois recentes casos: 1º) o da *Drogaria São Paulo*, que ao vender remédios muito baratos no Nordeste fez com que o sindicato das farmácias ingressasse com processos administrativos

O problema é que os pequenos fazendeiros eram muito bem articulados, e o *lobby* que faziam no Congresso era muito influente: a *Farmer's Alliance*, por exemplo, era encabeçada pelo estado do Missouri e reunia praticamente todos os estados localizados no vale do Mississipi. Como explicam Boudreaux e DiLorenzo:

A *Farmer's Alliance* era a mais poderosa coalizão política em Missouri nos anos que precederam a promulgação da lei antitruste. Democratas afiliados à *Farmer's Alliance* dominaram as eleições estaduais de 1888. Os democratas eram muito pró-agricultores. Havia agricultores-advogados, agricultores-banqueiros, agricultores-professores, agricultores-pregadores, agricultores-editores e agricultores-farmacêuticos. A *Farmer's Alliance* abordava os candidatos às legislaturas estaduais com um cartão que dizia o seguinte: “eu me comprometo a trabalhar e votar pelas demandas da *Farmer's Alliance* independentemente das decisões partidárias”. Este cartão era amplamente distribuído pelos fazendeiros, que eram instruídos da seguinte forma: “se qualquer candidato se recusar a aceitar, vote contra ele e use a sua influência para eleger outro que o assinie, independentemente de partido”.

De um total de 174 congressistas, 140 assinaram o compromisso⁵⁴.

As razões que explicam os anseios dos fazendeiros do Missouri por uma lei antitruste são conhecidas: eles não estavam conseguindo competir com seus concorrentes maiores e mais eficientes, tanto que numa reunião nacional da *Farmer's Alliance*, ocorrida em 1889 na cidade de St. Louis, emitiu-se uma declaração na qual os fazen-

e judiciais a fim de impedi-la de praticar descontos acima de determinado percentual; e 2º) o da *Amazon*, que ao iniciar sua operação de venda de *e-books* no Brasil provocou a ira da associação nacional de livrarias, a qual prontamente iniciou seu lobby por medidas protecionistas, alegando que o fazia em nome da preservação da bibliodiversidade e da manutenção de distintos canais de comercialização.

⁵⁴ BOUDREAUX & DiLORENZO. *The Protectionist Roots of Antitrust*. p. 83.

deiros culpavam os trustes pela sua perda de mercado, em razão de eles praticarem preços muito baixos, chegando a ficar abaixo dos seus custos de produção⁵⁵.

Analisando os três principais produtos da economia do Missouri nos anos 1880 – bovinos, suínos e trigo –, Boudreaux e DiLorenzo mostram que 1) o preço médio da carne bovina caiu nos EUA aproximadamente 38%, 2) a produção nacional de produtos suínos aumentou, enquanto o preço caiu aproximadamente 40%, e 3) o preço do trigo no Missouri em 1889 era aproximadamente 30% menor do que na década anterior e experimentou uma queda constante desde 1870. Eles também mostram haver evidências históricas robustas de que as tarifas das ferrovias estavam caindo, e os serviços de transporte ferroviário estavam sendo incrementados. E mostram mais: os custos de financiamento também estavam em queda constante, já que as taxas de juros das hipotecas na região centro-oeste caíram aproximadamente 30% durante a década de 1880. Em suma:

Os dados econômicos disponíveis sobre o setor agrícola do Missouri nas décadas que antecederam a promulgação da lei antitruste americana não mostram nenhuma evidência clara de monopolização. Na verdade, todos os setores da economia do Missouri, especialmente seu setor agrícola, mostravam sinais de serem altamente competitivos durante as três últimas décadas do século XIX⁵⁶.

Finalmente, Boudreaux e DiLorenzo analisaram o famoso caso do *beef trust*, os frigoríficos que surgiram em Chicago nos anos 1880, usando vagões de trem refrigerados para transportar carne: Swift, Armour, Morris e Hammond eram conhecidos como “the big four”.

A centralização do abate e do transporte permitiu que essas empresas integrassem o atacado e o varejo, fazendo com que conseguissem reduzir bastante o preço da carne

⁵⁵ *Idem. Ibidem.*, p. 83.

⁵⁶ *Idem. Ibidem.*, p. 88.

suína e bovina. Obviamente, os demais produtores não conseguiram competir com elas e passaram a acusá-las de monopolização.

Mais uma vez, os interesses dos consumidores, que estavam se beneficiando com a vertiginosa queda dos preços das carnes, não foram levados em consideração, mas apenas os interesses dos fazendeiros lobistas que queriam manter sua fatia de mercado usando o governo para atacar seus concorrentes maiores e mais eficientes⁵⁷.

Vale ressaltar que a pesquisa histórica feita por Boudreaux e DiLorenzo no estudo citado neste tópico está apoiada em dados concretos muito confiáveis e em vasta bibliografia de historiadores da época, os quais dão suporte à tese de que houve uma clara pressão política do setor agrário americano para aprovação da lei antitruste americana, pressão esta advinda principalmente do estado do Missouri, por meio da *Farmer's Alliance*.

O que os pequenos produtores rurais lobistas chamavam de monopólios eram apenas agroindústrias que os estavam tirando do mercado por serem mais eficientes, praticarem preços mais baixos e oferecerem melhores produtos⁵⁸. Nessa época, a competição no agronegócio americano era vigorosa, e os consumidores eram os maiores beneficiários dessa livre concorrência.

V - A VEIA PROTECIONISTA DO SENADOR JOHN SHERMAN

Nos tópicos anteriores, detalhamos duas evidências de que a lei antitruste americana é um instrumento estatal de protecionismo e intervencionismo que causa sérios danos à economia e aos consumidores, e não

⁵⁷ Idem. *Ibidem.*, p. 89-92.

⁵⁸ “Os estatutos antitruste refletiam uma esperança de preservar uma nação de agricultores, artesãos e comerciantes em cidades pequenas, antes de a industrialização e as organizações empresariais transformarem a América em fábricas, escritórios e cidades” (ROCKFELLER. *Antitrust Religion*. p. 99).

uma norma de interesse público que corrige supostas falhas de mercado e protege os consumidores contra pretensos abusos praticados por monopólios e cartéis.

Com efeito, apontamos diversas evidências históricas de que: 1) a lei antitruste americana foi aprovada por pressões políticas em favor de medidas protecionistas que visavam a beneficiar empresas ineficientes que estavam perdendo mercado para concorrentes maiores – empresas essas muito bem articuladas e com forte *lobby* perante o Congresso, como os produtores rurais; e 2) ao longo da história, a lei antitruste americana foi usada sempre para fustigar empresas que estavam conquistando mercado por serem mais eficientes que seus concorrentes.

Além disso, é importante também destacar o fato de que o senador Sherman, que deu nome à lei antitruste, foi um político sempre engajado em causas protecionistas. Assim, há fortes indícios – quiçá provas concretas – de que um dos motivos da aprovação da lei antitruste tenha sido também desviar a atenção da opinião pública para a aprovação do *McKinley Act*, uma lei tarifária protecionista que elevou o imposto de importação em até 50% para vários produtos estrangeiros. Tal lei foi promulgada, também sob a liderança do senador Sherman, apenas quatro meses após a edição da lei antitruste. A propósito, confira-se o editorial do jornal *New York Times* publicado no dia 1º de outubro de 1890:

A chamada lei Antitruste foi aprovada para enganar o povo e abrir o caminho para a passagem dessa [...] lei relacionada às tarifas [*de importação*]. Foi projetada para que os órgãos partidários possam dizer aos oponentes da extorsão tarifária e das combinações protegidas o seguinte: “Olhem! Nós atacamos os trustes. O Partido Republicano é o inimigo de tais alianças!”⁵⁹

Em suma: de um lado, o senador Sherman e seus aliados tomavam mais uma

⁵⁹ DiLORENZO, Thomas. The Antitrust Economists' Paradox. *Austrian Economics Newsletter*, 1991. p. 7.

medida tarifária protecionista em favor dos seus homens de negócios preferidos (o *McKinley Act*); de outro lado, enganavam a opinião pública americana afirmando que também estavam tomando medidas contra os supostos problemas dos monopólios (o *Sherman Act*).

E mais: na mesma época, o senador Sherman, que era presidente da comissão de finanças do Senado, encampou um projeto de lei que ficou conhecido popularmente como o *Campaign Contributors Tariff Bill* (algo como “projeto tarifário dos contribuintes da campanha”), o qual também aumentou tarifas de importação e favoreceu empresas privilegiadas.

Mas a prova mais concreta da veia protecionista do senador Sherman foi dada por ele mesmo nas suas famosas cartas, publicadas logo após a aprovação da lei que recebeu seu nome⁶⁰.

Analisando pormenorizadamente o teor dessas cartas, Werner Troesken, do Departamento de História da University of Pittsburgh, assim resumiu o objeto e a conclusão do seu estudo:

Ao colocar essas cartas no contexto histórico, este trabalho ajuda a resolver um debate sobre as verdadeiras intenções de Sherman na criação de uma lei antitruste. Em particular, as cartas de Sherman revelam que ele estava mais preocupado em proteger os interesses das pequenas e ineficientes empresas do que com a proteção dos interesses dos consumidores⁶¹.

Na conclusão do referido estudo, o professor Troesken assim assevera:

Quando as ações legislativas de Sherman são consideradas à luz de suas cartas e de outras fontes históricas aqui consideradas,

suas ações são inconsistentes com a ideia de que ele queria promover a concorrência e preços mais baixos⁶².

Enfim, o próprio senador Sherman desmente aqueles que buscam encontrar na sua atuação parlamentar em prol da lei antitruste americana qualquer evidência de uma suposta preocupação com o bem-estar dos consumidores ou com a defesa da concorrência empresarial. Os propósitos do senador Sherman e da sua lei eram claramente protecionistas e anticoncorrenciais.

VI - O *SHERMAN ACT* NA VISÃO DOS ECONOMISTAS DA ÉPOCA.

Hodiernamente, não há dúvidas de que a maioria dos economistas defende a legislação antitruste e a considera imprescindível ao funcionamento do mercado. Uma pesquisa realizada na década de 1980, por exemplo, mostrou que 83% dos economistas acreditavam que “leis antitruste devem ser usadas vigorosamente para reduzir o poder de monopólio”⁶³.

No entanto, entre os anos 1880 e 1920, a situação era bem diferente: os economistas da época não deram apoio intelectual à lei antitruste americana. Na verdade, a maioria dos economistas daquele período apoiava os trustes e outras formas de combinações em larga escala⁶⁴.

Após pesquisar várias revistas e livros de ciências sociais da época, Sanford Gordon, professor de Ciência Política da New York University (NYU), concluiu que:

⁶² Idem. *Ibidem.*, p. 291-292.

⁶³ FREY, Bruno S. ; POMMERHNE, Werner W. ; SCHNEIDER, Friedrich & GILBERT, Guy. Consensus and Dissension Among Economists: An Empirical Inquiry. *American Economic Review*, Vol. 74, No. 5, December 1984. p. 986-994.

⁶⁴ Nesse sentido: RIDPATH, John. The Philosophic Origins of Antitrust. In: *The Abolition of Antitrust*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005. p. 18.

⁶⁰ THORNDIKE, Rachel Sherman (Ed.). *The Sherman Letters: Correspondence Between General and Senator Sherman from 1837 to 1891*. New York: Charles Scribner's Sons, 1894.

⁶¹ TROESKEN, Werner. The Letters of John Sherman and the Origins of Antitrust. *The Review of Austrian Economics*, Vol. 15, No. 4, 2002. p. 275.

A grande maioria dos economistas admitia que o movimento de fusões era de se esperar, que os custos fixos elevados tornaram as grandes empresas economicamente viáveis, que a concorrência nestas novas circunstâncias freqüentemente resultou em competição predatória, que os acordos entre os produtores era uma conseqüência natural e que a estabilidade dos preços geralmente trouxe mais benefícios do que prejuízos para a sociedade. Eles pareciam rejeitar a idéia de que a concorrência estava em declínio, ou não mostravam medo de declínio⁶⁵.

Gordon cita vários economistas da época, como John Bates Clark (1847-1938), George Gunton (1845-1919), Simon N. Patten (1852-1922) e David A. Wells (1828-1898), os quais viam as grandes fusões do século XIX como resultado normal do processo concorrencial do mercado. A propósito, confirmaram-se transcrições de suas afirmações⁶⁶, respectivamente:

Combinações têm as suas raízes na natureza da indústria social e são normais em sua origem, em seu desenvolvimento e em seu funcionamento prático. Elas não devem nem repelidas por cientistas nem apoiadas por legisladores. Elas são o resultado de uma evolução, são o resultado feliz da competição [...]. Uma tentativa bem sucedida para suprimi-las por lei implicaria a reversão dos sistemas industriais e um retorno a modelos ultrapassados, seria a renovação dos abusos dos qual a sociedade escapou na caminhada ao desenvolvimento. [John Bates Clark]

Estritamente falando, concentração de capital não retira pequenas empresas do mercado, mas apenas as integra num maior e mais complexo sistema de produção, no qual elas serão capazes de produzir mais riqueza de forma mais barata para a sociedade e obter uma renda maior para elas mesmas...

A competição entre trustes naturalmente tende a reduzir lucros a uma margem

menor do que a competição entre empresas, pelo fato de que quanto maiores os negócios realizados, menor a percentagem de lucro necessária ao seu sucesso... Assim, em vez de a concentração de capital tender a destruir a concorrência, na verdade ocorre o inverso. Com o uso de mais capital, melhores máquinas e melhores instalações, o truste consegue vender mais barato que as empresas. [George Gunton]

A concentração de capital não causa nenhuma desvantagem para a sociedade. Esses produtores que buscam proteção através de combinações são muito mais eficientes do que eram os pequenos produtores que eles substituíram. [Simon N. Patten]

A sociedade tem abandonado – e tem que abandonar, a menos que queira entrar em guerra contra o progresso da civilização – a proibição de concentrações e combinações industriais.

O mundo demanda abundância de produtos, e os quer cada vez mais baratos; e a experiência mostra que isso só é possível com o emprego de grande capital e economias de escala. [David A. Wells]

No mesmo sentido, e analisando a opinião desses mesmos economistas mencionados acima, afirma Thomas DiLorenzo:

Richard T. Ely (1854-1943), co-fundador da American Economic Association, escreveu que “uma produção em larga escala é algo que de maneira alguma significa necessariamente uma produção monopolizada”. John Bates Clark, também co-fundador, escreveu em 1888 que a ideia de que combinações industriais iriam “destruir a concorrência” não deveria ser “aceita muito precipitadamente”.

Herbert J. Davenport (1861-1931), da University of Chicago, alertou em 1919 que a existência de apenas algumas empresas em um setor em que há economias de escala não é algo que “requer a eliminação da concorrência”, e seu colega James L. Laughlin (1850-1933) observou que, mesmo quando “uma combinação entre indústrias é ampla, uma combinação rival pode gerar uma enérgica concorrência”. Irving Fisher (1867-1947) e Edwin R. A. Seligman (1861-1939) concordaram que

⁶⁵ GORDON. Attitudes Towards Trusts Prior to the Sherman Act. p. 158.

⁶⁶ Idem. *Ibidem.*, p. 158-167.

produções em larga escala geravam benefícios competitivos por meio da redução de custos com publicidade, processos de venda e remessas.

De acordo com economistas da virada do século XIX para o XX, unidades que produziam em larga escala beneficiavam de maneira inequívoca os consumidores. De acordo com Seligman, sem uma produção em larga escala, *“o mundo iria retornar a um estado de bem-estar mais primitivo, e iria virtualmente renunciar aos inestimáveis benefícios da melhor maneira de se utilizar capital”*. Simon N. Patten (1852-1922), da Wharton School, expressou visões similares ao dizer que *“a combinação de capital não gera nenhuma desvantagem econômica para a comunidade. [...] Combinações são muito mais eficientes do que eram os produtores individuais que elas desalojaram do mercado”*.

Como praticamente qualquer outro economista da época, Franklin H. Giddings (1855-1931), da Columbia University, entendia a concorrência de maneira muito semelhante a como os economistas austríacos a veem hoje: como um processo dinâmico e competitivo. Consequentemente, ele observou que *“a concorrência, de uma forma ou de outra, é processo econômico permanente. [...] Portanto, quando a concorrência de mercado parece ter sido suprimida, devemos investigar o que ocorreu com as forças que geraram essa concorrência. Adicionalmente, devemos também investigar até que ponto a concorrência de mercado realmente foi suprimida ou se ela foi convertida em outros formatos”*.

Em outras palavras, uma empresa *“dominante”* que estabelece um preço menor que o de suas rivais, em qualquer ponto do tempo, não suprimiu a concorrência, pois a concorrência é *“um permanente processo econômico”*. David A. Wells (1828-1998), uma dos mais populares escritores econômicos do final do século XIX, escreveu que *“o mundo demanda uma abundância de mercadorias, e as demanda a preços baixos; e a experiência nos mostra que ele só irá conseguir o que quer por meio do emprego de um grande volume de capital, utilizado em escala extensiva”*. E George Gunton (1845-1919) acreditava que *“a concentração de capital não expulsa pequenos capitalistas do mercado, mas simplesmente os integra a sistemas*

de produção maiores e mais complexo, nos quais eles se tornam capacitados a produzir [...] de forma mais barata para a comunidade e a obter uma renda maior para eles próprios. [...] Em vez de a concentração de capital destruir a concorrência, ocorre o oposto. [...] Por meio do uso de um volume maior de capital, de máquinas mais aprimoradas e de melhores instalações, o truste pode e irá vender a preços menores que os de uma única empresa”.

Todas as citações até agora apresentadas não advêm de uma lista selecionada a dedo, mas sim de uma lista abrangente. Pode parecer estranho para os padrões atuais, mas, em finais da década de 1880, havia apenas dez homens que já haviam obtido o status de economistas profissionais em tempo integral nos EUA. Assim, as citações acima cobrem praticamente todos os economistas profissionais que, na época, opinaram sobre a relação entre economias de escala e concorrência na virada do século.

A importância destas visões é que estes homens observaram em primeira mão o advento da produção em larga escala e não viram o surgimento de monopólios, *“naturais”* ou quaisquer outros. No espírito da Escola Austríaca, eles entenderam que a concorrência era um processo contínuo, e que uma dominância de mercado era sempre e necessariamente algo temporário caso não houvesse regulamentações governamentais criadoras de monopólios⁶⁷.

Comentando o estudo de Gordon, o professor DiLorenzo também destaca que mesmo os economistas da época que faziam críticas aos trustes, como Richard T. Ely, não o faziam por considerar que eles eram monopólios. Portanto, eles não defendiam uma legislação antitruste como solução para o suposto problema dos trustes. A crítica de Ely, por exemplo, era focada na defesa da nacionalização de certas indústrias e na

⁶⁷ DiLORENZO, Thomas. The Myth of Natural Monopoly. *The Review of Austrian Economics*, Vol. 9, No. 2, 1996. p. 44-46. Versão em português, traduzida por Leandro Augusto Gomes Roque, pode ser encontrada em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1309>. Acesso em 25 de outubro de 2013.

maior regulação das relações trabalhistas (proibição de trabalho infantil, restrições para o trabalho de mulheres, inspeção governamental nas fábricas, limitação da jornada de trabalho etc.)⁶⁸.

Portanto, parece bastante claro que no período de discussão legislativa do *Sherman Act*, bem como no período inicial de sua vigência, os economistas da época não lhe deram suporte intelectual. Eles consideravam os trustes como resultado natural do processo concorrencial, como uma forma de se alcançar mais recursos para desenvolver novas tecnologias e produzir em larga escala. Eles também entendiam que restringir a concentração empresarial representava um retrocesso para o desenvolvimento da economia. Em síntese: os economistas do final do século XIX e início do século XX tinham uma visão dinâmica do processo competitivo, nos moldes do conceito de concorrência de Adam Smith, isto é, viam a concorrência como um processo de descoberta e rivalidade⁶⁹.

Somente décadas depois os economistas abandonaram essa visão dinâmica do processo competitivo e passaram a adotar o equivocado conceito atomístico de “concorrência perfeita”, que caiu como uma luva para justificar a regulação antitruste como

⁶⁸ DiLORENZO. *The Origins of Antitrust: An Interest-group Perspective*. p. 85.

⁶⁹ Esse conceito [correto] de concorrência – processo dinâmico de descoberta e rivalidade constantes – é usado pelos estudiosos da Escola Austríaca para criticar duramente os fundamentos do direito antitruste. A propósito, confirmam-se, por todos: HAYEK, Friedrich A. *The Meaning of Competition*. In: **Individualism and Economic Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1948; Idem. *Competition as a Discovery Procedure*. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**. Vol. 5, No. 3, 2002. p. 9-23. Para uma crítica resumida aos fundamentos do antitruste com base no conceito “austríaco” de concorrência, confira-se: KIRZNER, Israel. *The Irresistible Force of Market Competition*. **Ideas on Liberty**, Vol. 50, No. 3, March 2000. p. 11-14. Esse texto é o terceiro de quatro artigos publicados pelo professor Kirzner nos quais ele explica alguns fundamentos modernos da Escola Austríaca de economia, em contraposição aos fundamentos das escolas que compõem o *mainstream* acadêmico.

uma necessária correção de supostas “falhas de mercado”. Talvez essa mudança de pensamento tenha acontecido porque, “como George Stigler (1911-1991) destacou, os economistas estão agora profundamente envolvidos (e bem pagos, diz o professor Stigler) nos processos antitruste e no fortalecimento da lei antitruste”⁷⁰.

VII - AS ORIGENS DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL

A doutrina brasileira costuma iniciar a pesquisa histórica sobre o direito antitruste brasileiro a partir da edição do Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, o qual regulamentou o art. 141 da Constituição Federal de 1937, que assim dispunha:

Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Como se vê, o referido diploma legal não era propriamente uma legislação antitruste, mas uma norma que definia os “crimes contra a economia popular”. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Neste quadro de confluência de Estado e Nação, a defesa da sociedade concorrencial atrelava-se à inspiração do fascismo italiano, de modo que a preocupação política vinha carregada também de uma preocupação repressiva. Assim, os primeiros diplomas legais, no âmbito econômico, tinham por escopo uma classificação de ilicitudes penais, sendo as formas de concentração, qualificados como crime. O Decreto-lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, inspirado no projeto do Código Penal argentino bem assim na primeira legislação e jurisprudência americanas e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal alemão, se inscrevia ainda num cenário cujo

⁷⁰ DiLORENZO. *The Origins of Antitrust: An Interest-group Perspective*. p. 86.

pano de fundo temia as formas concentracionais como distúrbios na estrutura do mercado. Esta visão penal das distorções mercadológicas colocava, assim, a economia do país a meio passo entre o franco intervencionismo, nos sobretons políticos, e uma concepção estrutural conservadora, na tintura legal. De qualquer modo, o Decreto-lei nº896/38 era mais um diploma que, visando à defesa da economia popular, antes e nessa medida, procurava coibir os distúrbios no mercado⁷¹.

Posteriormente, o segundo diploma legislativo referido pela doutrina brasileira que estuda a história do nosso direito antitruste é o Decreto-lei nº 7.666/1945, conhecido como *Lei Malaia*, que criou uma Comissão Administrativa de Defesa Econômica e não mais falou em “crime contra a economia popular”, mas em “abuso de poder econômico”, expressão que acabou sendo incorporada pela Constituição Federal de 1946, que em seu art. 148 assim prescreveu:

Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Esse dispositivo constitucional veio a ser regulamentado somente mais de uma década depois, com a edição da Lei nº 4.137/1962, esta sim considerada a primeira lei antitruste brasileira propriamente dita. Ela criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e lhe deu “*amplos poderes [...] para regular e fiscalizar os atos de empresas que restringem a concorrência ou, por causa de suas posições no mercado, não são sujeitas a ela*”⁷².

⁷¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência: Origem Histórica e Base Constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Ano 45, No. 180, julho/dezembro de 1992. p. 176-77.

⁷² SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: RT, 1966. p. 1.

Alguns anos mais tarde, foi promulgada a Constituição Federal de 1967, na qual “*a disciplina do abuso de poder econômico adquire uma conotação mais nitidamente tipificante, abandonando a fórmula mais aberta da Constituição de 1946 ‘a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico’*”⁷³. Dizia o art. 157 da CF/67:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizara justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Seguindo a mesma linha, mas sendo bem mais detalhista, a atual Constituição Federal de 1988, ao cuidar da “ordem econômica e financeira” e estabelecer os “princípios gerais da atividade econômica”, assim dispôs:

Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[...]

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁷³ FERRAZ JÚNIOR. Lei de Defesa da Concorrência. p. 179.

Regulamentando o art. 174, § 4º, da CF/88, o governo brasileiro editou a Medida Provisória nº 204, em 2 de agosto de 1990, e o Congresso Nacional, posteriormente, converteu-a na Lei nº 8.158/1991. Essa lei criou a SNDE (Secretaria Nacional de Direito Econômico), a qual passou a atuar juntamente com o CADE, já que a Lei nº 4.137/1962 não foi revogada. O objetivo era tornar mais célere o processo administrativo de apuração de infrações contra a ordem econômica. Segundo o professor Tércio:

Não se tratava, propriamente, de uma nova tipificação de abusos do poder econômico. O objetivo era outro. Convencido da inoperância dos procedimentos administrativos da Lei 4137/62, cujos processos tinham uma duração média de 24 meses para conflitos que exigiam, pela celeridade das relações econômicas, decisões rápidas e até cautelares, o Executivo visou fundamentalmente à criação de um procedimento mais leve, de eficácia maior que, comandado por um órgão do Ministério da Justiça, a Secretaria Nacional de Direito Econômico, permitisse, da parte do Poder Público, uma interferência prévia e preventiva diante da ocorrência de anomalias de comportamento econômico, capazes de ferir os princípios constitucionais da ordem econômica⁷⁴.

Mas a Lei nº 8.158/1991 não durou muito tempo, sendo poucos anos depois substituída pela Lei nº 8.884/1994, que sistematizou o direito antitruste criando o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), composto por três entidades com funções distintas:

- 1) O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia federal com função primordial de tribunal administrativo;
- 2) A SDE (Secretaria de Direito Econômico), órgão integrante do Ministério da Justiça com função primordial de auxiliar o CADE na repressão posterior de condutas, investigando práticas anticoncorrenciais;
- 3) A SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), órgão integrante do Minis-

tério da Fazenda com função primordial de auxiliar o CADE no controle prévio de estruturas, instruindo os atos de concentração empresarial.

Finalmente, para completar a evolução legislativa do direito antitruste brasileiro, foi editada a Lei nº 12.529/2011, cujas principais inovações foram as seguintes:

- 1) Reestruturação do SBDC;
- 2) Imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração;
- 3) Aumento do poder da Administração Pública;
- 4) Modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica;
- 5) Aumento dos recursos materiais à disposição do SBDC⁷⁵.

A Lei nº 12.529/2011 foi publicada em 30 de novembro de 2011, mas ficou submetida, dada a sua relevância, a um *vacatio legis* de 180 dias. O principal órgão por ela disciplinado, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), continua com as mesmas atribuições principais, as quais, em linhas gerais, são as seguintes:

- 1) Analisar preventivamente atos de concentração empresarial, como fusões e incorporações de empresas (controle de estruturas);
- 2) Punir agentes econômicos que atentem contra a ordem econômica, praticando atos como cartéis ou preços predatórios (repressão de condutas);
- 3) Difundir a chamada “cultura da concorrência” pelo País (advocacia da concorrência).

VII.1 - O Caráter Protecionista e Nacionalista do Discurso em Defesa da Nossa Legislação Antitruste.

Já demonstramos que a revisão histórica dos fatos que antecederam a promulgação do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, comprovam que a lei antitruste americana, ao contrário do que diz o senso comum, não foi editada para proteger consumidores ou para corrigir

⁷⁴ Idem. *Ibidem*. p. 179.

⁷⁵ FORGIONI. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 123-24.

supostas falhas de mercado inerentes ao liberalismo, mas para proteger grupos empresariais lobistas que estavam perdendo mercado para as grandes corporações que se formavam no ocaso do século XIX, as quais, por sua vez, estavam aumentando a produção, reduzindo os preços, inovando em tecnologia e, consequentemente, gerando benefícios para os consumidores e para a sociedade em geral.

No Brasil, a história, infelizmente, não é muito diferente. Aqui, Agamenon Magalhães (1893-1952) é considerado o pai da legislação antitruste nacional. E esse político, tal como o senador Sherman nos EUA, era um nacionalista e um protecionista inveterado.

Mais do que a luta para controlar as atividades dos agentes detentores de poder econômico, o antitruste, no Brasil, surge com uma aura de “nacionalismo”, de proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro.

Ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, os “poderes econômicos”, combatidos inclusive pela opinião pública, não eram apenas internos ou derivados de disfunções do processo nacional de acumulação de capital. Ao contrário, No Brasil, amalgama-se, desde o início, a repressão ao abuso do poder econômico com o nacionalismo e o protecionismo, assumindo nosso sistema, mais uma vez, particularidades não encontradas alhures.

É sob esse prisma que devemos encarar a trajetória de Agamenon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas (1882-1954), eleito à unanimidade pelos doutrinadores o pioneiro do antitruste no Brasil. Com efeito, se analisarmos a atuação de Agamenon Magalhães, veremos que se voltava, quase que precipuamente, contra o poder econômico derivado do capital estrangeiro, apto a colocar em xeque a soberania e a estabilidade nacionais⁷⁶.

⁷⁶ Idem. *Ibidem.*, p. 101-02. No mesmo sentido: OLIVEIRA & RODAS. **Direito e Economia da Concorrência**. p. 18. Dizem os autores que os projetos de lei antitruste de Agamenon Magalhães tinham “nítidas cores protecionistas e nacionalistas”, sobretudo pelo fato de ele, quando Ministro do Trabalho e da Indústria, ter-se impressionado “com o episódio da

Analisando as falas e os escritos do próprio Agamenon Magalhães se podem perceber facilmente seus ideais protecionistas e nacionalistas na campanha pela edição da lei antitruste. Nas suas palavras:

O capital industrial, que atingiu o seu apogeu no Velho Mundo e na América do Norte, só nos meados do século XX se volta para o Brasil e atravessa as nossas fronteiras, com a sua técnica, as suas formas de concentração, a sua cobiça de lucros e de mercados. O Brasil que, na colônia e no Império, não soube defender-se contra o mercantilismo capitalista, que levou o ouro do açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra, deve ter outra atitude em face da Revolução Industrial. Se as Companhias de Comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas do mundo, os *trusts* e os cartéis controlam hoje a produção industrial e a sua distribuição em todos os mercados. A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias-primas e das nossas riquezas minerais, mas, senhores industrialmente, formando no Brasil um grande mercado de trabalho e de consumo⁷⁷.

Vale salientar que essa opinião nacionalista e protecionista sobre a economia brasileira não era exclusiva de Agamenon Magalhães, mas compartilhada por diversos outros autores, como Kurt Mirow (1936-1992)⁷⁸, Moniz Bandeira⁷⁹, Fernando Gasparian (1930-2006)⁸⁰ e

luta titânica de Delmiro Gouveia com a britânica Machine Cotton, ocorrido na segunda década do século passado, no nordeste brasileiro”.

⁷⁷ MAGALHÃES, Agamenon. Abuso de Poder Econômico. **Revista Forense**, Vol. CXXIV, ano XLVI, fascículo 553, julho de 1949. p. 601.

⁷⁸ MIROW, Kurt R. **A Ditadura dos Cartéis: Anatomia de um Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

⁷⁹ BANDEIRA, L. A. Moniz. **Cartéis e Desnacionalização, a Experiência Brasileira: 1964-1974**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

⁸⁰ GASPARIAN, Fernando. **Em Defesa da Economia Nacional**. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

Osny Duarte Pereira (1912-2000)⁸¹, para citar apenas alguns.

No entanto, apesar desse claro viés nacionalista e protecionista da legislação antitruste brasileira nas suas origens, algo essencialmente antiliberal, o seu padrinho argumentava, paradoxalmente, que ela era embasada no liberalismo, sendo uma típica manifestação do estado liberal, que deveria coibir abusos de poder econômico que atentassem contra a livre concorrência. Comentando o art. 148 da CF/1946, na qual seu projeto de lei antitruste era embasado, Agamenon Magalhães afirmou:

A característica da economia liberal é a livre disposição dos meios de produção. Todos os indivíduos participam desses meios, tendo liberdade de iniciativa ou de empresa. A livre concorrência é, portanto, a base da economia liberal. [...]

Que é, então, o poder econômico? O poder econômico é o que resulta da posse dos meios de produção. Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um indivíduo ou um grupo de indivíduos, são dominados por uma empresa ou por um grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso de poder econômico.

Que deve, nessa emergência, fazer o Estado, que é liberal, que tem por fundamento econômico a livre concorrência? Intervir para evitar ou suprimir o abuso⁸².

Os principais comentaristas da lei antitruste apadrinhada por Agamenon Magalhães também tentavam justificar a sua edição sob o paradoxal argumento de que ela seria necessária para garantir a livre concorrência, e não para solapá-la, como de fato acontece. Nesse sentido:

[...] fica claro que não é para acabar com a iniciativa privada que se propõe e se estatui uma lei antitruste. Leis antitruste não têm sentido em um país socialista onde tudo que é considerado importante no campo

econômico está sob o controle do Estado. É para suprimir as falhas de desta iniciativa privada e alargar seu campo, assegurando a todos o direito de concorrer, que se faz uma lei antitruste⁸³.

Se nos EUA o *lobby* político protecionista em favor do *Sherman Act* agiu em prol, principalmente, dos pequenos produtores rurais, no Brasil o discurso protecionista era em favor da indústria nacional, genericamente, contra os supostos abusos das grandes corporações estrangeiras.

Na verdade, porém, qualquer legislação antitruste nada tem de liberal: leis antitruste atentam contra a livre concorrência, ao impedirem atos de concentração empresarial que criam empresas mais eficientes e, conseqüentemente, mais capazes de ofertar bens e serviços com maior qualidade e menor preço. ∞

⁸¹ PEREIRA, Osny Duarte. **Multinacionais no Brasil: Aspectos Sociais e Políticos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

⁸² MAGALHÃES. Abuso de Poder Econômico. p. 601.

⁸³ SHIEBER. **Abusos do Poder Econômico**. p. 3.