

BREVES NOTAS SOBRE AS BASES HISTÓRICAS DA FORMAÇÃO DA DISCIPLINA DE ANTITRUSTE

BRIEF NOTES ON THE HISTORICAL BACKGROUND THAT HAS ESTABLISHED THE ANTITRUST DISCIPLINE

GUSTAVO SOUTO POLESE¹
FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA²

RESUMO

O presente artigo pretende colocar em perspectiva as bases da formação da disciplina de antitruste, também conhecida por de defesa da concorrência. A partir da análise histórica da matéria, analisar-se-á de que modo o antitruste é aplicado na sociedade brasileira, com o objetivo de que a conclusão desse trabalho seja um ponto de partida para outros estudos, como forma de fomento e instigação ao debate aprofundado do tema do direito antitruste, notadamente, em relação à Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529, de novembro de 2011). Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica tomando como base livros, textos, artigos e dispositivos legais que versam sobre o tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste. Bases históricas. Sherman Act.

ABSTRACT

This article aims to put into perspective the basis of the formation of the discipline of antitrust, also known as antitrust. From the historical analysis of the matter,

¹ Mestrando em Direito Empresarial e da Cidadania pela UNICURITBA; Especialista em Direito Administrativo-Regulatório pela *Universidad de Burgos* – Espanha e vem atuando como Gerente Jurídico interno de departamentos jurídicos de corporações há mais de quinze anos.

² Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITBA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Paraná. Juiz de direito - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor na Escola da Magistratura do Paraná.

how antitrust is applied in Brazilian society, aiming at the completion of that work is a starting point for further studies as a way of encouraging and inciting the debate will examine whether depth the theme of antitrust law, especially in relation to New antitrust law (law 12.529, November 2011). It was adopted in the bibliographic reference research methodology building on books, texts, articles and legal provisions that deal with the theme.

KEYWORDS: Antitrust. Historical grounds. Sherman Act.

I – AS BASES HISTÓRICAS DO DIREITO ANTITRUSTE.

Preliminarmente, cumpre destacar que os termos defesa da concorrência e antitruste são aplicados neste artigo como sinônimos³⁴⁵.

³ O termo antitruste não é empregado na Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, destaca apenas em quatro passagens o termo concorrência, no sentido de defesa da concorrência: 1º Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); 2º Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) XII - cabe à lei complementar: (...) h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (Vide Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (...) § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) § 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (...) IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g, observando-se o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (...) b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001); 3º 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; 4º 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. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) § 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.

⁴ Num outro contexto, (GABAN & DOMINGUES, 2012) destacam a política de concorrência em junção ao direito da concorrência: “Cabe ressaltar, neste início, que apesar de o “direito da concorrência” e de a “política de concorrência” serem termos muitas vezes utilizados indistintamente, estes possuem diferenciação importante. A política de concorrência na verdade corresponde a um conjunto de medidas e instrumentos utilizados pelos governos com a finalidade de determinar as condições de concorrência existentes em seus mercados. Desse modo, as leis de concorrência estariam inseridas nas políticas de concorrência.” “GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 61.

⁵ No dizer que (GABAN & DOMINGUES, 2012):“O antitruste é um ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre aos agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo, ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade.” GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 61.

De destacar que, utilizamos a expressão “bases históricas” intencionalmente. Só faz sentido para os objetivos desse trabalho se forem apresentados os elementos tópico-causais do direito antitruste em sua perspectiva histórica. Em sentido diverso teríamos apenas uma revisão historicista. Dessa forma, pretende-se fazer uso da linha temporal histórica apenas como suporte para, então, chega-se ao entendimento dos fundamentos do direito antitruste atual.

Para tanto, FORGIONI provoca uma questão que é o gatilho inicial para percorrer referido percurso:

“O interesse pelo estudo da história da concorrência motiva-se pela busca de resposta à seguinte questão: a partir de que momento a concorrência e o livre mercado foram identificados como valores dignos da tutela de um ordenamento jurídico?”⁶

Atesta a referida autora, com razão que concordamos, que as bases históricas do direito antitruste somente serão delineadas a partir da identificação do início da preocupação jurídica sobre dois caros elementos àquela disciplina: “concorrência” e “livre mercado”.

Tomando emprestada a digressão feita por Kenneth G. Dennis, em sua tese de doutorado em filosofia, na Universidade de Oxford, Inglaterra (FORGIONI, 2013) alerta para uso coloquial do termo concorrência como regras das partes que concorrem (conotação econômica), vigente até o século XVIII e, posteriormente, aquela, técnico-econômica, com sentido de regulação da conduta dos agentes econômicos da concorrência própria do sistema de produção capitalista no Estado liberal.⁷

Assenta FORGIONI, por seu turno, três princípios vetores do direito concorrencial, que somente foram possíveis de serem delineados após uma

⁶ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 33

⁷ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 34-36

análise particularizada sobre as bases históricas da formação da disciplina de antitruste:

“(i) a determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções tópicas; (ii) a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como corolário de um sistema de produção entendido como ótimo. Essa disciplina é vista com correlata à estrutura do próprio sistema. A concorrência assume seu sentido técnico, que lhe é dado pela ciência econômica. De outra parte, sua disciplina visa a proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis (correção dos efeitos tópicos danosos, visando à manutenção do sistema); (iii) a regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implementação de políticas públicas (correção dos efeitos tópicos danosos, visando não apenas à manutenção, mas também à condução do sistema).”⁸

No tocante as bases históricas, que proporcionaram o tracejar dos principais vetores acima descritos, FORGIONI recale ricas referências do passado para ilustrar, um primeiro período, que vai desde a Antiguidade grega, passando pela romana e pela Idade Média até a chegada no Mecantilismo, a partir do qual a autora conclui por considerar existir desde os primórdios uma disciplina da concorrência⁹, cujo objetivo precípua visava a eliminar, naquela primeira etapa, distorções tópicas:

⁸ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ps. 36-37

⁹ Nesse sentido (FORGIONI, 2013): “Para que possamos assim proceder, devemos abandonar a crença na necessária vinculação – feita por alguns – entre concorrência e o mercado do Estado liberal burguês (livre mercado). Se, por um lado, é forçoso admitir que existe ligação na noção de livre mercado (decorrente da própria estrutura de organização criada pela economia capitalista) com aquela de concorrência, essa interdependência não há de ser o ponto de partida de nossos estudos. Isso porque o início da disciplina da competição não é concomitante ao surgimento do mercado liberal. Regras de concorrência a serem respeitadas pelos – hoje chamaríamos – agentes econômicos, ao contrário do que se possa pensar, são muito anteriores ao surgimento do conceito de livre mercado, entendido como próprio ao sistema de produção

“Como já expusemos, podemos identificar, em qualquer período histórico, duas ordens de conduta que estão a pautar a atividade dos comerciantes: a primeira, dos próprios comerciantes, que se unem por uma identidade de interesses para protegê-los; outra, a regulamentação da atividade comercial por autoridade que lhe é exterior (seja, por exemplo o poder da Comuna, seja o poder estatal).

Tomando em consideração essas normas, não parece haver diferença marcada entre a estrutura e a forma utilizadas para a regulamentação da concorrência. E, se pensarmos apenas na finalidade estrita e imediata das regras que eram emanadas por um poder exterior ao dos comerciantes (com o escopo de evitar distorções tópicas), podemos efetivamente vislumbrar a tão falada identidade.”¹⁰

Mas a história não para por aí. Já numa segunda etapa, em período mais recente, marcado pelos progressos da revolução industrial, “[a] relação do *maestro e aprendiz é substituída por aquela entre o patrão e empregado.*” Assim, do inerente risco que surge para o empreendedor industrial, advém à exigência de maior liberdade e, por conseqüente, a conquista de mercados numa nova dinâmica que vai desembocar no restabelecimento da concorrência como processo econômico¹¹. Fixe-se: nessa segunda etapa a disciplina já não se limita a apenas eliminar distorções tópicas.

Lembra FORGIONI da Lei Le Chapelier, de 1791, que “*proibiu as corporações de ofício e buscou a liberdade de comércio, instrumental para a nova ordem que se instalava.*” Desse modo, o monopólio e as práticas fechadas de comércio daquela, passam a dar lugar à concorrência do novo modelo que não só atende

capitalista.” FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 34.

¹⁰ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 53

¹¹ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 55.

aos anseios da liberdade econômica individual, mas também o interesse público.¹²

Foi, portanto, na concorrência que se encontrou uma forma reguladora “natural” para admoestar o monopólio vigente ao limiar da Revolução Industrial. A concorrência passou a ser livre, sem que houvesse, no entanto, limitadores ou preocupações, naquela fase histórica, em relação do abuso que o exercício exacerbado de tal liberdade viria a proporcionar¹³.

Na antessala do período em que atualmente nos encontramos, em termos da disciplina de direito antitruste, revela FORGIONI que é, precisamente, nos Estados Unidos da América¹⁴¹⁵ que o seu contexto social, econômico e político teceram as linhas mestras iniciais de acontecimentos marcantes para o direito antitruste.

Na segunda metade do Século XIX alguns setores econômicos dos Estados Unidos da América, aproveitando-se da fragilidade e da absoluta falta de controles concorrenciais engendram acordos de “cooperação” horizontais. Tinham-se assim diversas empresas de setores, dentre eles, como ferrovias, energia, bancos e petróleo¹⁶, dentro cada qual do seu próprio setor, alinhavando

¹² FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 59.

¹³ “Foi posteriormente comprovado pela história que essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. (...)” FORGIONI, P. A. (2013). *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, p. 61.

¹⁴ Já Leonardo Vizeu Figueiredo, alerta que o Canadá foi o País precursor na edição de legislação antitruste: “(...) o Canadá editou em 1889 o *Competition Act*, que foi a primeira lei antitruste do mundo. A legislação canadense objetivava, inicialmente, a prevenção e repressão de estratégias combinadas formadas para restrição do comércio, tais como a fixação de preço ou restrição na circulação de mercadorias. (...)” FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 225.

¹⁵ Nem internamente nos Estado Unidos da América, o Sherman Act foi p precursor. “*The Sherman Act was passed after 13 states had already instituted their own antitrust laws. The essential claim made by Senator John Sherman and his colleagues was that combinations or trusts tended to restrict output which drove up process. (...)*”. *The Origins of Antitrust- An Interest Group Perspective*; DILORENZO, Thomas, *International Review of Law and Economics* (1985), 5, p. 77.

¹⁶ Usualmente os setores de capital intensivo são apontados como os deflagradores dos problemas do antitruste nos Estados Unidos da América a época do Sherman Act. No entanto, os relatos em setores mais simples, como o de distribuição de caixas de relógios também se mostravam afetados, dando a impressão de uma prática disseminada no mundo empresarial da época: “*During the mid-1880s, nineteenwatch case companies from across the United States*

práticas de cooperação e “mútua preservação” com o fito de acertar tarifas, preços, modos de atuação, divisão geográfica de atuação, etc. Num bom e claro português: formavam e praticavam cartéis.

No entanto, as regras ajustadas pelos participantes dos cartéis não raro eram quebradas pelos próprios agentes que perpetravam colusões cartelizadas, no curso de suas atividades. O efeito nefasto do cartel não é difícil de supor: aumento de preços, condições desequilibradas ao consumidor, etc.. Entretanto, a solução dada pelos que atuavam sob a forma de cartéis, em relação aos seus próprios interesses, acabou por encontrar na quebra interna dos acordos um ambiente de negócios instável e a eles preocupante.

Daí o porquê a solução encontrada foi a de realização de processos de concentração das empresas. Inicialmente eram concorrentes natos, posteriormente tornaram-se participantes de um mesmo cartel e, por fim, concorrentes passaram a formar a mesma estrutura empresarial/corporativa.

*formed a cartel. Members of the cartel agreed to restrict output and to charge prices above a specified a floor. As a mechanism for punishing cartel members who cheated, and for punishing manufacturers who refused to join the cartel in the first place, the cartel adopted the following exclusive dealing strategy. If a firm refused to charge prices above the established floor, the members of the cartel would refuse to sell their watch cases to any distributor who purchased the wares of the price-cutting firm. Assuming distributors placed a high value on carrying a variety of manufacturers, distributors would have refused to deal with the price-cutting firm and the strategy would have punished the cheater by foreclosing scarce distribution outlets. Dueber refused to join the cartel, or he joined the cartel and defected (the historical record is not clear on this point). Whatever the case, the cartel responded to Dueber's refusal to follow its pricing rules. On November 16, 1887, the members of the cartel met in New York City and formally agreed that "they would not sell any goods manufactured by them to any person, firm, association, or corporation whatsoever who thereafter should buy or sell any goods manufactured by [Dueber]." After the cartel informed distributors throughout Canada and the United States of this arrangement, Dueber's sales dropped sharply. When a few distributors continued to carry Dueber watch cases, the cartel made good on its threat and refused to deal with them. After this, Dueber's sales dropped even further. It was this predicament that prompted Dueber to lobby Sherman for an antitrust law. Dueber not only lobbied for antitrust, he was also among the first three or four businesses to appeal to the Sherman Antitrust Act in private litigation. Under Section 7 of the Sherman Act, an individual or business injured by an illegal restraint of trade could recover treble damages from the offending combination. Using Section 7, Dueber sued the members of the cartel for \$450,000, triple the damages he claimed to have incurred as a result of the cartel's exclusive dealing arrangement with his former customers and distributors. Although Dueber won a nominal victory before the New York Supreme Court, federal courts found that the cartel's exclusive dealing scheme did not violate the Sherman Act, in part because it could not be shown that the scheme affected interstate trade in any way". TROESKEN, Werner. *The Letters of John Sherman and the Origins of Antitrust*. "in" *The Review of Austrian Economics*. Kluwer Academic Publishers: Holanda. 2002. P 285*

Sim, foi exatamente com a fusão entre empresas concorrentes que os combalidos carteis passaram, numa outra estruturação corporativa, a manter as práticas nefastas ao mercado de outrora nos Estados Unidos da América.

Como explica (FORGIONI, 2013), o modelo de concentração foi o seguinte:

“Do ponto de vista dos agentes econômicos, portanto, sua organização em cartéis ou pools não atingia os resultados desejados por não proporcionar certeza ou estabilidade; daí lançar-se mão do *trust*, instituto tradicional do direito anglo-saxão, para resolver os problemas do empresaria. O industrial transferia a um *trustee* o poder derivado de suas ações, recebendo, em contrapartida, um *trust certificate*. Os trustes proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, impedindo, de maneira segura e estável, que a concorrência se restabelecesse entre eles.”¹⁷

Em outras palavras a concentração se dava num nível acima das empresas operacionais, convergindo em trustes que atuavam coordenados e alinhados na direção e no cumprimento da “mútua proteção”.¹⁸ E o que se verificou naquele período é que essa nova dinâmica foi ainda muito mais frutíferos aos seus participantes do que no modelo dos cartéis.

O problema para esse engendramento é que a ponta mais fraca da sociedade, - consumidores, agricultores, classe trabalhadora, etc. - sofreu as consequências nefastas da aplicação sem limites dessas práticas. Assim, no último quartil do Século XIX, criou-se um ambiente propício para a promulgação de uma lei que, em realidade reafirmou os princípios em prol da verdadeira concorrência, a

¹⁷ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 71.

¹⁸ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 68.

chamada *Sherman Act*¹⁹, em homenagem ao seu idealizador, o Senador John Sherman.²⁰²¹

A análise mais acurada do contexto social, político e econômico que circundava os Estados Unidos da América, no limiar da promulgação do Sherman Act, demonstra a clara preocupação das autoridades com os efeitos negativos das práticas anticoncorrenciais, *“President Benjamin Harrison’s 1889 call for “penal legislation” to control “dangerous conspiracies against the public good” resulted in the passage of the Sherman Act in 1890. That statute contains two fundamental provisions that still constitute the core of our antitrust laws. The first prohibited conspiracies in restraint of trade, and the second prohibited abusive practices aimed at gaining or keeping a monopoly. Neither, it should be noted, prohibited businesses from attaining huge size, so long as they did so merely by competing fairly. The legislation’s lineage from its distant antecedents in the English common law was clearly recognizable.”*²²

Mas é no Século XX que outro diploma legislativo, o Clayton Act, lei norte-americana de 1914, dá mais concretude aos princípios concorrenciais ao estabelecer de forma exemplificativa práticas restritivas da concorrência; “(...) ao

¹⁹ Vinícius Marques de Carvalho destaca algumas consequências práticas da aplicação dessa lei, mesmo logo após a sua publicação, dentre elas o famoso caso da Standard Oil do magnata do petróleo Rockefeller. *“O Sherman Act proíbe contratos e combinações que restringissem o comércio e também as tentativas de monopolização de setores econômicos. Com base nessas regras, algumas decisões importantes foram tomadas pela Suprema Corte ainda nos primeiros anos de vigência da lei, entre elas a divisão da Standard Oil em trinta e quatro empresas e o desmantelamento da American Tobacco.”* CARVALHO, Vinícius Marques de. *Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência.* in CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 16.

²⁰ Em sentido similar, GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira : *“A história do direito da concorrência, ou do antitruste, como também é conhecida, teve origem na América do Norte. Nos EUA, a adoção de uma legislação federal antitruste teve relação direta com os valores da sociedade daquele período, que buscava garantias para a liberdade individual. Cabe ressaltar que também havia uma identificação do antitruste com os interesses de ordem pública.”* GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste.* 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 61.

²¹ Nesse mesmo sentido Rudolph J. Peritz.: *“In observing the Sherman Act’s centennial, it is important to remember that antitrust law for most of its existence has been understood as a public interest law designed to regulate the exercise of private economic power. The historical animus for its enactment was the tidal wave of corporate consolidation, which took two forms—the holding company (then called the trust) and the cartel.”* PERITIZ, Rudolph J.. *A Counter-History of Antitrust Law,* 1990 *Duke Law Journal* 263-320 (1990).

²² SHENEFIELD, John H. and STELZER, Irwin M.. *The antitrust laws: a primer.* 4ª edição. Washington, D.C.. American Enterprise Institute: 2001, p.9

lado da tipificação de algumas condutas potencialmente anticompetitivas, há um *qualifying clause*, segundo a qual as praticas elencadas somente serão consideradas ilícitas se, e somente se, restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem à criação de um monopólio (*“lessened competition or tended to create a monopoly”*).²³

Para fechar o arcabouço basilar do direito antitruste, é criado um agente regulador da concorrência a *Federal Trade Commission* – FTC no mesmo ano de 1914 e, alude (FORGIONI, 2013) outros dois diplomas: “Em 1936, temos o *Robson-Patman Act* (tratando de discriminação) e, finalmente, em 1950, é promulgado o *Celler-Kefauver Act*, com o escopo de reforçar as previsões do art. 7º do *Clayton Act*, na disciplina das fusões, contemplando-se o quadro básico legislativo norte-americano em matéria antitruste, que vigora até os nossos dias.”²⁴

Numa terceira etapa, na qual nos encontramos, esses elementos concretos e arcabouço constitutivo de experiência dão ensejo a uma nova perspectiva. A disciplina antitruste não só será utilizada como algo em si próprio, mas, sobretudo, como base para o próprio Estado levar a cabo, de forma ativa²⁵, políticas públicas.

²³ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, os. 73-74.

²⁴ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 74.

²⁵ Vinícius Marques de Carvalho sintetiza a evolução da disciplina e destaca o aspecto essencial, na contemporaneidade, qual seja do seu papel ativo com o direito antitruste em processo de políticas públicas visando ao bem-estar social: “Se, para a economia clássica, o mercado apresentava-se com um processo de interação entre sujeitos privados regulado pelo pressuposto da concorrência perfeita, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de intervenção do Estado, que caminhou *pari passu* com o movimento de concentração do capital, o mercado perde seu caráter de instituição livre. Tais mecanismos envolvem tanto medidas de cunho generalizante e global para o desenvolvimento do mercado como ações específicas de bem-estar para a obtenção de determinados resultados. O conjunto de técnicas e instituições de intervenção estatal se aperfeiçoou exatamente para responder às novas tarefas que se apresentavam ao Estado. No sistema de economia política clássico, reservava-se ao Estado ações negativas em relação ao bem-estar social. O interesse público decorria da capacidade do Estado para realizar a missão de garantir o sistema de “livre mercado”, cuja prevalência asseguraria o equilíbrio econômico e social. Já o Estado pós-liberal, o principal objetivo da política econômica era a expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças produtivas por meio da ação propulsiva do Estado. (...)” CARVALHO, Vinícius Marques de. *Aspectos Histórico da Defesa da Concorrência*. “in” CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

“De 1936 a 1972 a política de defesa da concorrência atingiu seu auge em termos de intervenção econômica, usando como instrumental de análise a teoria estruturalista, fundada pela Escola de Harvard, que praticamente identificava a existência de poder de mercado como condicionante primordial para a presença de efeitos anticompetitivos.

(...)

De 1973 a 1991, o elevado nível de ativismo antitruste atraiu muitas críticas e fez emergir uma reação que, do ponto de vista teórico, lastreou-se na chamada Escola de Chigago, para a qual a eficiência produtiva era o valor a ser buscado pelo sistema econômico, pois é ela que levava ao interesse público, entendido como bem-estar do consumidor. A concorrência transformava-se em valor subjacente e instrumental, facilmente colocado em segundo plano”.²⁶

Destaque se faz a perspectiva dada ao que veio a ser chamado de concorrência-instrumento na contemporaneidade:

“Fixa-se a noção de *concorrência-instrumento*, pela qual esta não é um valor em si, “não é um valo absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí deriva, consequências importantes: se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores”. Goyder aponta as razões por que a concorrência foi eleita como digna de tutela jurídica pelo ordenamento comunitário. Obviamente, o elemento principal era a ausência de concorrência nos mercados alcançados pelo Tratado de Paris de 1951 (ou, ao menos, suas grandes imperfeições) constituía um grande entrave para as indústrias que necessitavam de concorrência para melhorar seu desempenho. Ademais, tinha-se o conhecido exemplo dos

²⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Aspectos Histórico da Defesa da Concorrência*. “in” CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, ps. 16-17.

Estado Unidos, uma economia que, aparentemente, havia alcançado proeminente posição de força industrial mediante décadas de livre concorrência (...).²⁷

O Estado, portanto, passa a fazer uso da disciplina antitruste como mais um de seus instrumentos em prol da atividade econômica e, conseqüentemente, do alcance do bem-estar social num típico processo interventor-regulador.²⁸

“Nesse contexto, o mercado enquanto instituição social, passou a ser entrecortado por uma série de objetivos de políticas públicas. Seus atores estariam subordinados a estratégias de ação pública que dificilmente consideravam os ditames da livre iniciativa e da busca do equilíbrio. Ao contrário, a própria expansão da ideia de desenvolvimento foi absorvida no debate econômico pelo aperfeiçoamento de processos de desequilíbrio. Estes era gerados pela inovação técnica promovida por setores econômicos estimulados por políticas industriais ou por choques de expansão na oferta de bens e serviços que desencadeavam uma onda de investimentos e direcionavam a expansão econômica.”²⁹

Já no velho continente, a disciplina antitruste só passou a ter destacada com a assinatura do Tratado de Roma, em 1957³⁰, que deu início à Comunidade Econômica Europeia.

²⁷ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79.

²⁸ Nesse sentido (FORGIONI, 2013): “Ora, vista sob esse novo ângulo, a análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para dar concreção à determinada política pública.” FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79.

²⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de. *Aspectos Histórico da Defesa da Concorrência*. “in” CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

³⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira faz referência ao fato de que tratado de 1951, precursor do Tratado de Roma já assentava bases concorrenciais: “Como resultado de um esforço de integração econômica por parte de seus Estados-membros, a livre iniciativa foi adotada com regra geral no Tratado de Roma de 1957, que estabeleceu a Comunidade Econômica Europeia, sucessor do Tratado constitutivo da Comunidade Européia do Carvão e do Aço, de 1951, diploma que já continha regras de livre concorrência (...)” GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, ps. 69-70.

II - O DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL

As bases históricas da disciplina antitruste no Brasil são bem menos densas que as norte-americanas. Já a partir da formação do Estado Brasileiro com a sua particular relação Metrópole-Colônia, por mais de três séculos, a dinâmica de mercado representou um modelo bem diferente da nação do hemisfério norte. No Brasil, o Estado teve (e ainda tem) uma participação na dinâmica da economia de muito mais importância³¹.

A concentração do capital, portanto, se fez à custa da relação do Estado com atores privados de modo que essa concentração não permitiu, por muitos anos, um cenário de autêntica competição que viesse a tornar imperativa uma disciplina de antitruste.

No entanto, bastante em parte para passar a ser um reduto atrativo do capital externo e gerar credibilidade junto ao mercado internacional, aos poucos o Brasil passou a ter um sistema de defesa da concorrência que atualmente é tido como um dos mais avançados.

Assim preleciona FIGUEIREDO:

“No Brasil, uma regulação de caráter mais genérico dos mercados se inicia em 1937 com a vertente da chamada “defesa da economia popular”,

³¹ Corroborar tal entendimento Calixto Salomão Filho, “Mas a perda de densidade não é apenas teórica; também os objetivos a serem perseguidos são cada vez mais nebulosos. Trata-se de outro tipo de problema, não relacionado diretamente à doutrina e à jurisprudência antitruste elaborada nos Países hoje ditos desenvolvidos, mas, sim, à sua incorporação em outros Países de realidade econômica bastante diversa. É o que ocorre no próprio direito antitruste. Países como o Brasil, cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural, não poder aplicar direta e acriticamente teorias (com a de Chicago e suas adaptações posteriores) desenvolvidas para realidades econômicas completamente diversas, em que a desconcentração econômica era (e é) muito mais intensa. (...)”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros Editores. 2013, p. 19.

mais integrada com o espírito de uma economia marcada por forte intervenção do Estado, especialmente no controle de preços. (...)”³²

A rigor, a primeira legislação específica é a lei nº 4.137, de 1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE³³, mas é a partir da Lei 8.884 de 1994, que o Brasil desenvolveu e passou a praticar, definitivamente, e com mais rigor uma disciplina antitruste, valendo o destaque abaixo:

“De 1994 até a atualidade, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passou por um fértil processo de aprendizado e evolução institucional. A análise econômica ficou mais refinada. Pode-se afirmar, sem margem a maiores dúvidas, hoje, que a aplicação da legislação de defesa da concorrência não destoa das melhores práticas internacionais, (...)”³⁴

Recentemente, foi promulgada a Lei 12.529/2011 atualizando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e aperfeiçoando diversas regras e práticas da disciplina de antitruste no Brasil. Notadamente, o setor empresarial já percebeu uma celeridade na análise dos atos de concentração, apenas para ficar num exemplo tópico de alteração positiva advindo da Lei.

A nova Lei, no entanto, ainda carece de uso prático pelos operadores do direito para produzir os efeitos pró-competitividade desejados, além do que deixa margem a alguns questionamentos, por omissão, como é o caso da falta de uma clara definição para os contratos associativos do seu art. 90³⁵.

³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013, p. 227.

³³ Atesta Figueiredo: “No Brasil, ainda que a legislação inicial sobre a matéria remonte aos anos 1960, apenas ao longo do último decênio, a defesa da concorrência passou a assumir caráter prioritário no contexto das políticas públicas. Até então, as características que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas – forte presença do Estado, recurso a controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional, altos índices de inflação – eram incompatíveis com uma política eficaz de defesa da concorrência.” FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013, p. 224.

³⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013, p. 228.

³⁵ Tivemos a oportunidade de abordar esse tema no artigo: “UMA PROPOSTA PARA A DEFINIÇÃO DOS CONTORNOS E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS NO DIREITO

III – CONCLUSÕES

A digressão feita acima, em relação às bases históricas que influenciaram e nortearam a formação da disciplina antitruste no mundo Ocidental, é apenas um ponto de partida para compreensão de seus fundamentos.

Embora atualmente ainda nos assentemos em fundamentos que inauguraram essa terceira etapa, a verdade é que novas dimensões sobre as dinâmicas de mercado exigem constante atualização, daí o porquê, bem-vinda a novel legislação Brasileira.

No entanto, não devemos nos iludir de que uma peça legislativa irradia por si só todos os efeitos pretendidos. Na referencial doutrina da dialética de complementariedade, necessário se faz o constante debate e aprofundamento sobre todas as variantes que se assentam sobre a disciplina antitruste.

Esperamos, portanto, que com esse ponto de partida a disciplina seja ainda mais verticalizada, com destaque especial aos contornos da nova Lei 12.529/2011.

IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

CARVALHO, Vinícius Marques de. *Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência*. “in” CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CONCORRENCIAL BRASILEIRO À LUZ DO ARTIGO 90 DA LEI 12.529/2011– INTERVENÇÃO DO ESTADO E REGULAÇÃO” (no prelo).

DILORENZO, Thomas. The Origins of Antitrust- An Interest Group Perspective. *International Review of Law and Economics* (1985), 5. Butterworth & Co. (73—90)

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013.

FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PERITIZ, Rudolph J.. *A Counter-History of Antitrust Law*, 1990 *Duke Law Journal* 263-320 (1990).

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

SHENEFIELD, John H. and STELZER, Irwin M.. *The antitrust laws: a primer*. 4ª edição. Washington, D.C.. American Enterprise Institute: 2001.

TROESKEN, Werner. *The Letters of John Sherman and the Origins of Antitrust*. “in” *The Review of Austrian Economics*. Kluwer Academic Publishers: Holanda. 2002.