

A EFICÁCIA DAS LEIS ANTITRUSTE SOB A ÓTICA DA ESCOLA AUSTRIACA

Henrique Augusto de Sousa Conrado Pontes¹

RESUMO

A intervenção estatal como garantia da livre iniciativa é prática inquestionada no mundo democrático desde o século XIX, situação essa personificada no Brasil por meio da Lei nº 12.529/11. Através da comparação direta entre os objetivos e os resultados obtidos ao longo do tempo, há de se perguntar se é real a necessidade dessa intervenção no mercado e na liberdade pessoal, para o que se responde negativamente, haja vista que daí advém uma relativização de direitos individuais, ao instante que cria um ambiente conflituoso e situações em que a liberdade de escolha e a propriedade são violadas.

Palavras Chave: Intervenção estatal, livre iniciativa, liberdade de escolha, propriedades.

THE EFFICACY OF THE ANTITRUST LAW UNDER THE EYES OF THE AUSTRIAN SCHOOL

ABSTRACT

State intervention as a mean to assure free enterprise is a unquestionable practice of the democratic world since the since the 19th century, this situation is nationally personified by the law 12.529/11. Through the direct comparison between the objectives and the achieved results throughout the time, arises the question of the real need for this market intervention, to which is answered negatively, because this practice generates a relativization of individual rights, by the time it creates a conflictuous environment and situations that the freedom of choice and property are violated.

Keywords: State intervention, free enterprise, freedom of choice, property.

¹ Aluno do curso de Direito na UNI-RN. Email: henrique.pontes1@outlook.com

INTRODUÇÃO:

A análise crítica da efetividade das políticas que se propõem a manter a ordem comercial, mais do que nunca, se faz necessária, seja pelo o avanço cada vez mais significativo do corporativismo mundial, seja pela constante expansão de gigantescas corporações, detentoras de receitas bilionárias, verdadeiramente capazes de trazer crescimento ou ruína por onde passam.

Nessa ordem, o presente artigo científico cuida em comparar dados históricos com teorias legais e econômicas, oriundas das duas correntes mais antagônicas no debate sobre a manutenção ou a abolição das leis antitruste: a dos Intervencionistas e a dos Economistas e Juristas adeptos da Escola Austríaca de economia e política.

Respeitando o princípio do método científico que prima pelo choque de ideias inicialmente antagônicas, para posteriormente compor uma solução concreta, o presente trabalho destaca características das duas correntes, para comparar dados disponíveis expondo a existência ou não de eficácia nas políticas antitruste.

Busca, ainda, de forma histórico-revisionista, traçar um paralelo entre os trustes econômicos, oriundos do processo concorrencial livre e os trustes artificiais, oriundos do protecionismo e intervencionismo estatal, e as consequências reais dessa realidade econômica para o consumidor ao longo do tempo.

Compõe, dessa forma, não só uma análise política e econômica do direito, mas também mostra como a realidade vivida pelo coletivo social não só molda a ciência jurídica, mas também é moldada por essa peça motriz do desenvolvimento, que com base em sua eficiência torna nações em democracias prósperas ou autocracias insustentáveis.

Nessa ordem, prima por deixar respondidas as seguintes indagações: Seriam os Trustes, Monopólios e Cartéis realmente nocivos para os consumidores? Qual o papel do Estado em relação a isso? São os Trustes uma falha do modelo liberal de capitalismo?

O QUE É ANTITRUSTE:

De forma lógica e não exauriente, de antemão é necessário definir o que venha a ser antitruste e quais são suas políticas e práticas ilustradas como anticompetitivas no Brasil e no mundo.

Preambularmente, traduzindo de forma livre Barak Orbach e Grace E. Campbell Rebling, em obra intitulada “*The Antitrust Curse of Bigness*”, Truste ou Truste corporativo é um termo originário dos EUA durante a segunda revolução industrial no século XIX, caracterizado basicamente, por contratos entre acionistas de diversas empresas que se comprometiam em transferir suas ações para a empresa controladora do truste, de forma a garantir o controle quase monopolístico da produção e do mercado, em um determinado nicho econômico ou algumas vezes controlando desde a exploração da matéria prima até o varejo[1].

Da mesma obra se extrai que o Truste da Standard Oil foi um dos maiores exemplos de tal prática, quando essa empresa presidida por John D. Rockefeller, por meio de um “acordo de cooperação horizontal” se tornou na época, a maior empresa do mundo, eis que passou a controlar 14 outras corporações, além de deter controle acionário de outras 26 empresas, restringindo, ainda, o controle acionário de todas essas em mãos de apenas 9 empresários, garantindo ao mesmo Rockefeller a propriedade de 41% de todas as ações desse real e gigantesco truste [2].

Esse acordo cooperativo faria história novamente como um dos mais famosos casos da aplicação do marco regulatório do antitruste mundial quando, em 15 de maio de 1911 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América o enquadrado no chamado Sherman Act e fez declarar o desmantelamento do truste da Standard Oil, restituindo, por decorrência, o controle de ações aos seus iniciais detentores, de modo que reestabeleceu a independência das empresas cooperadas. Fato esse que não impediu, porém, que algumas frações desse truste permanecessem no mercado até os dias de hoje.

Dessa forma, ainda que o truste seja legal em sua essência, uma vez que não há restrição de limite patrimonial para pessoas ou grupo de empresas, como assim, por inexistir restrições quanto ao tamanho ou número de empresas que possam se vincular

em cooperação, o termo passou a ser rapidamente relacionado com práticas anticompetitivas e ao abuso do poder econômico, que segundo os defensores da regulação estatal da economia, por ser um defeito inerente ao livre mercado, deveria ser coibido, ainda que represente prática comum no mundo e mais especificamente nos EUA, bastião mundial do capitalismo de mercado.

No tempo hodierno é facilmente observável que a comunidade jurídica mundial, aí incluindo-se a brasileira, acredita consensualmente que a preservação da ordem econômica e da livre competição, necessita de um aparato legal e, portanto, da intervenção estatal. Isso ocorre por se entender que uma economia de livre mercado está fadada a criar práticas abusivas do poder econômico empresarial, mas não restritas ao, controle de produção, preço predatório, fusões monopolistas, dentre outras, que no final, protegem o lucro e a parcela de mercado de alguns poucos em detrimento da coletividade.

Na lição de um dos mais cultos doutrinadores brasileiros sobre o tema, e por vezes lançado à alcunha de John Sherman brasileiro, o proponente da primeira legislação antitruste no País, Agamenon Magalhães, em sua obra “Abuso de poder econômico”, aduz:

“ A característica da economia liberal é a livre disposição dos meios de produção. Todos os indivíduos participam desse meio, 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 abuso.”[3]

Esclarecendo, de modo efetivo, o denominado Sherman Act, cumpre aduzir que sua principal marca e razão de seu real sucesso jurídico no mundo, é o estabelecimento de um modelo concentrado de proteção da ordem econômica nas mãos de um único órgão governamental, próprio e especializado para esse serviço. No Brasil, o órgão que se volta a tais fins é o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Neste foco, vale lembrar que Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, em sua obra “Direito e Economia da Concorrência”, exortam que foi justamente essa ideia centralizadora de poder em um único órgão governamental, a razão principal de tornar a legislação americana a matriz para o direito antitruste mundial, ainda que a ideia da regulação da competição tenha sido uma invenção do direito canadense em 1899, com 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, os denominados cartéis.

Estando o controle da competição concentrado nas mãos de um único órgão governamental (o CADE), seria necessário que o mesmo possuísse diversos métodos de atuação, como são palavras do ilustre doutrinador André Luís Santa Cruz Ramos, em palestra dada no Instituto Ludwig Von Mises Brasil em 2014, ao apontar a imperatividade de três formas básicas do mesmo órgão exercer suas atividades:

- Primeira, a função preventiva. Essa se dá pelo controle das próprias estruturas organizacionais das empresas quando fazem fusões (atos de concentração empresarial), ou seja, se um dos membros da fusão tem um faturamento superior a R\$ 400.000.000,00 ao ano ou pelo menos um grupo participante na fusão tenha o faturamento superior a R\$ 30.000.000,00 ao ano, há a necessidade de submeter o pedido de fusão à autoridade antitruste, que concederá ou não a autorização.

- Segundo. Há também a função repressiva, caracterizada pelo combate ativo, que acontece quando o CADE instaura processos e apurações para dismantelar cartéis, preços predatórios e abuso do poder econômico, com o intuito de punir e dismantelar essas práticas anticoncorrenciais.

- Terceiro. Há ainda uma função pedagógica, que é a de advogar pela concorrência, fomentar a cultura da boa competição no meio empresarial brasileiro, organizando seminários publicações, intervenção em processos judiciais para auxiliar os juízes a decidirem pró mercado, fundindo-se finalmente com a função preventiva, fechando o tripé antitruste brasileiro.

Existe, para tanto, diversos e recentes momentos de atuação do CADE, por exemplo, a aplicação de multa recente à Ambev através do Processo Administrativo n.º 08012003805/2004-10 [4], que ocorreu em virtude do lançamento de seu programa

de parceria com bares, obrigando a empresa a pagar um valor aproximado de 353 milhões de reais, ou ainda a multa bilionária, oriunda do processo administrativo nº 08012.009888/2003-70, ajuizado via denúncia anônima contra o cartel dos gases medicinais, composto pelas empresas White Martins, AGA, Air Products e outras duas, em um total de 2,94 bilhões de reais (multa essa posteriormente anulada pela Justiça Federal em Brasília). [5]

O QUE É CONCORRÊNCIA?

Restando definido o que venha a ser o direito antitruste e as práticas que ele visa regular, faz-se mister definir portanto o que venha a ser o ideal de competição que o direito de competição visa alcançar/preservar.

Historicamente falando, a base do *mainstream* acadêmico, defensor da intervenção do Estado na forma de configuração da competição empresarial, se baseia no ideal de competição perfeita.

Esse ideal é caracterizado pela homogeneização de produtos e de preços, ou seja um grande número de empresas produzindo os mesmos produtos pelo mesmos preços e conseqüentemente mesmos custos, completado pela difusão completa da produção entre os consumidores.

Portanto, em suma, o modelo perfeito de competição buscado pelos intervencionistas é a preservação de um modelo de competição onde existam inúmeros vendedores de uma mesma mercadoria, todos com a mesma margem de lucro, com a mesma qualidade, mesmo meios de produção e que todos os consumidores sejam conhecedores disso.

Por outro lado, para os austríacos, tal raciocínio não permitiria um equilíbrio competitivo perfeito, pelo simples fato que não existem pessoas suficientes produzindo o mesmo produto, com a mesma qualidade e mesma margem de lucro, e ainda por cima, não há possibilidade de se presumir a existência de uma difusão completa desse conhecimento entre todos os consumidores.

Para a escola austríaca e neoclássicas em geral, a competição é um conceito bem simples, se trata de um processo dinâmico, mutável, criativo e em constante evolução, onde empreendedores buscam constantemente novas formas de conquistar a preferência dos consumidores. Livrando o mercado, nesse meio tempo, dos competidores menos eficientes, ou incapazes de se adaptarem, e, portanto, garantindo aos consumidores diversidade tanto de produtos e serviços quanto de preços e qualidade.

Portanto, a própria noção de competição só existe em um ambiente sem um equilíbrio pré-definido, esse equilíbrio é ditado de acordo com as vontades dos consumidores e a habilidade dos empreendedores em satisfazê-las. Ideia igualmente prestigiada na palestra que já se fez referência.

Assim, para a noção austríaca de competição, o bem estar dos consumidores, a inovação, o crescimento econômico e a riqueza são produtos diretos da incerteza corporativa, da inconsistência do mercado, uma vez que esse é diretamente subordinado a subjetividade dos desejos e anseios dos consumidores.

Dessa forma, essa noção platônica de preço mediano como ideal competitivo é completamente deslocada da realidade, estabelecendo, de forma analógica, um nirvana competitivo, sabidamente impossível de ser alcançado, mas mesmo assim traçado como meta.

JUSTIFICATIVAS PARA A EXISTÊNCIA DAS LEIS ANTITRUSTE:

Restando caracterizada a forma pela qual o direito antitruste surgiu e se aplica, o passo seguinte é estabelecer quais inquietações sociais e políticas corroboram com sua existência.

Sendo a lei um produto direto das manifestações econômicas, políticas e sociais de um tempo e de um povo, a grande maioria dos doutrinadores estrangeiros, ao comentarem os fatos históricos anteriores a criação do Sherman Act, justificam que os Estados Unidos, no final do século XIX, passavam por um rápido processo de industrialização, marcado pelo Laissez Faire, isto é, o capitalismo propriamente dito, com baixíssima ou nenhuma intervenção e regulamentação estatal, razão pela qual,

segundo essa corrente doutrinária, surgiram inúmeros casos de concentrações monopolísticas, que resultavam em restrição de produção, preços predatórios, cerceamento da livre competição e danos para o consumidor.

Ainda que não tenha havido no Brasil, alguma época igualmente marcada pela ação livre do capitalismo que venha a se assemelhar com a dita alhures, isso não representou impecilho para a importação da doutrina antitruste para nosso ordenamento.

De fato, devido à importância do Sherman Act para o direito concorrencial mundial, há de igual forma uma correspondência de visões entre os doutrinadores estrangeiros e brasileiros, em atribuírem o surgimento do direito concorrencial como a única saída sanadora da suposta falha do mercado desregulado.

Para a grande maioria, portanto, a razão base da regulamentação da competição foi a proteção ao consumidor, como bem exposto na conhecida obra de Calixto Salomão Filho, onde expõe:

“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 preocupação.”[6]

Na linha de raciocínio atual, vai-se além, e chega-se a falar que as providências tomadas pelo direito concorrencial foram a própria salvação do liberalismo econômico, uma vez que o sistema se pauta inteiramente no livre acesso aos meios de produção, condição *sine qua non* para uma economia livre, cenário, esse, que segundo

os defensores da regulação do direito concorrencial não existiria sem a garantia da regulamentação estatal, uma vez que a liberdade irrestrita geraria uma degradação natural desse direito.

É o que afirma a conhecida doutrinadora Paula Forgioni, em outra respeitada obra “*Os fundamentos do antitruste*”. A ver:

“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 autodestrutíveis.”[7]

Outro exemplo disso é o que afirma João Grandino Rodas, com excelência de doutrinador e ex-presidente do CADE, onde, na obra já reportada, aduz:

“Afirmando, “(...) 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 (...)” afirmando ainda que “tal estado de coisas [era] de *per si* atentatório contra a democracia e o igualitarismo da cultura norte-americana”[8]

Longe da Escola Austríaca, os que com ela não compactuam, afirmam que as empresas, se cartelizavam e realizavam pactos, como forma de não competirem entre si, e desta forma não baixarem o preço de seus serviços e mercadorias, preservando lucros exorbitantes e precarizando o poder de compra e o bem estar dos consumidores, ao mesmo tempo que ocupavam e sufocavam novos competidores, ainda que esses possuíssem a legítima vontade de competir justamente.

Tão comum é essa teoria de que o capitalismo desregulado destrói a si mesmo que foi diretamente questionada por Ludwig Von Mises, o maior expoente da escola austríaca, 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.[9]

Portanto, em verdade, a vasta maioria dos doutrinadores pátrios da área do direito concorrencial enxergam com bons olhos a origem e repercussões do Sherman Act, e de forma consequente, prestigiam as diretrizes do direito concorrencial brasileiro, uma vez que, este é quase que completamente baseado no direito concorrencial norte americano.

Na opinião de Fábio Ulhoa Coelho, na sua obra “*Direito antitruste brasileiro*”:

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 dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.[10]

De forma cabal, pode se citar como maior exemplo dessa relação, o *caput* do art. 1º da Lei Antitruste brasileira Lei Federal nº 12.529/2011 (BRASIL,2011), bem como seu parágrafo único, que assim dispõem:

Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Na doutrina americana, há atualmente essa mesma hegemonia de pensamento, a grande maioria dos doutrinadores veem o direito antitruste com bons olhos, ou seja, como uma lei que protege o interesse dos consumidores ao mesmo tempo que regula e estabelece parâmetros para a boa concorrência, coibindo e sanando os abusos do poder econômico, supostamente característicos de um sistema econômico livre. Nesse sentido pode-se citar o conhecido doutrinador Frederick M. Scherer, em sua obra *“Industrial market structure and economic performance”*, que em tradução livre, aponta: 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 público.[11]

JUSTIFICATIVA AUSTRÍACA

Em completa disparidade à corrente majoritária, afirma a escola austríaca de economia e política, com base em evidências históricas robustas, que atos de concentração de mercado, tais como, os cartéis e trustes econômicos percebidos no final dos anos de 1800 nos EUA, foram - além de naturais e inerentes a competição - grandiosamente benéficos à sociedade.

Note-se, a referida escola, não nega o surgimento dos trustes e arranjos empresariais, tão característicos da segunda metade do século XIX. É na verdade, fato bastante documentado que nessa época, o mundo passou por um período de concentração empresarial até então nunca antes visto, pela primeira vez houve o surgimento de empresas e grupos empresariais com capacidade de afetar a produção industrial de toda uma nação e algumas inclusive do mundo.

Mas isso, segundo a mencionada escola, não ensejou o surgimento de práticas abusivas de mercado, como a restrição de produção ou a prática de preços predatórios. Tais conglomerados empresariais, na verdade conseguiram racionalizar e democratizar o acesso a produtos antes somente acessíveis a uma pequena parcela do público, e só o fizeram em função do esforço conjunto de diversos grupos empresariais, bem como

a constante inovação dos métodos produtivos, situações que, ao contrário do que a corrente majoritária postula, só ocorrem em um ambiente desregulado, desimpedido e verdadeiramente livre de intervenção estatal. É a mão livre do mercado, mencionada a tanto tempo na “Riqueza das Nações” do renomado Adam Smith.

Portanto, a corrente austríaca afirma, em suma, o completo oposto da corrente intervencionista, ou seja, retrata que na verdade os preços dos bens e serviços baixaram, a inovação aumentou, a qualidade da produção cresceu, e tudo isso em virtude da livre competição e das vantagens de economias de grande escala.

Nesse sentido, Joseph William McGuire, in “*Business and society*”, leciona:

“De 1865 a 1897, a queda de preços ano após ano dificultou para o empresário fazer planos para o futuro. Em muitas áreas as novas ligações ferroviárias resultaram em nacionalização do mercado ao leste do Mississipi e mesmo pequenos negócios em pequenas cidades foram forçadas 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 acirrada.” [12]

É consenso perante a escola austríaca, em decorrência de seus estudos na área da praxeologia, que a realidade econômica é estabelecida pelas regras da própria ação humana, e que a criação das Leis Antitruste se deu a um motivo bastante específico.

Na verdade, não só para os austríacos, mas para os neoclássicos em geral, o surgimento das leis antitruste possuem claras raízes protecionistas. Sua origem, aplicação e desenvolvimento, não protegem em nada a boa concorrência, a livre iniciativa, a propriedade ou a soberania do consumidor. Protegem sim, empresas menos eficientes, menos capazes ou menos inovadoras, de perderem sua parcela de mercado para empreendedores mais competentes.

Nesse sentido, Dominick Armentano, professor emérito da Universidade de Hartford nos EUA e atualmente um dos mais brilhantes expoentes da escola austríaca, afirma categoricamente, que o único propósito das leis antitruste foi o de proteger grupos bem relacionados de empresários incapazes de vencerem a concorrência por seus próprios esforços.

Para ele, portanto, o direito antitruste está contaminado com a perspectiva conservadora de manter o *status quo* social e econômico, em detrimento do ambiente de incerteza e mutabilidade inerente à inovação e evolução, tanto empresarial quando social. Dessa forma, para os conservadores intervencionistas, a manutenção do modelo econômico e social deverá existir ainda que esse engessamento demande o uso da força do estatal. Na obra “*Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure*”, doutrina:

“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 "triunfo do conservadorismo" na política americana.” [13]

Frise-se, por importante, que o qualificativo “triunfo do conservadorismo” adotado pelo professor Armentano, na transcrição supra, faz referência direta ao título da obra do historiador socialista Gabriel Kolko que, ironicamente, chega à mesma conclusão de seus colegas liberais, ao estabelecer que a origem das legislações antitruste é protecionista, e conservadora.

Com destaque e aqui em tradução livre, vale apontar que David Friedman ao referir-se a Gabriel Kolko, em sua obra “*The machinery of freedom*”, com brilhantismo exalta:

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 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") [14]

Na obra reportada, em especial referência a afirmação do próprio Kolko, Friedman destaca que: apesar de Kolko ser socialista, para ele era inegável, com base em amplas fontes históricas, de que o capitalismo, naquela época, estava sendo benéfico para todos os níveis da sociedade, exceto para os próprios capitalistas, razão essa pela qual buscaram o governo, mais precisamente o partido conservador americano, o partido Republicano, como forma de garantir lucros mais substanciais.

Ainda segundo Kolko, a norma era de que até o final do século passado, a grande maioria dos empresários acreditava que o segredo do sucesso econômico residia na economia de grande escala e no gigantismo corporativo, através dos conglomerados e cartéis, porém como a história mostrou, eles estavam quase que sempre errados, pois em virtude da economia livre da época, assim que buscavam auferir mais lucros, perdiam para a concorrência ou quebravam, pois obtinham menos lucro do que os concorrentes menores, uma vez que sem os poderes do estado eram incapazes de fixar os preços e perdiam participação de mercado gradualmente.

Portanto, segundo Kolko, as comissões regulatórias e a própria legislação antitruste são na verdade produtos de monopolistas mal sucedidos, que através do relacionamento nefasto entre o setor privado e o público, buscam se proteger das empresas mais eficientes, em detrimento da saúde do consumidor e do mercado.

Em consonância, afirma ainda o PhD em economia Ninos P. Malek, em sua obra "*Anti-trust is anti-competitive*" que:

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. (...) [15].

Outro opositor ferrenho às legislações antitruste e agências reguladoras é o professor Thomas J. DiLorenzo, onde afirma em seu artigo “*Anti-trust, anti-truth*”, compilado no livro “*Organized crime: the unvarnished truth about government*”, que:

“a história do antitruste se assemelha a uma caça às bruxas, perseguindo as empresas mais inovadoras e eficientes nos EUA e no mundo. Caça essa, costumeiramente iniciada por concorrentes menos eficientes.” [16]

Corroborando com as afirmações do professor DiLorenzo, a esmagadora maioria dos processos antitruste iniciados no Brasil e no mundo, são originários de reclamações entre empresas competidoras, exemplo recente disso foi a reclamação da empresa VIVO em face do WhatsApp, que ao fornecer um serviço de chamadas gratuito e de qualidade, interferiu diretamente nos lucros de suas competidoras, ameaçando assim o oligopólio garantido pelo Estado das empresas de telefonia no Brasil, esse, muito diferente de um oligopólio econômico, uma vez que em virtude da altíssima quantidade de regulações e dificuldades para surgimento de novas empresas, o nicho econômico em questão não está sob a égide da livre iniciativa e da livre competição.

Criando portanto, nesse contexto intervencionista, serviços caros e de baixa qualidade. Comprovando mais uma vez a veracidade do defendido pela Escola Austríaca.

De modo conciso, não cabe a academia ou ao governo definir o melhor modelo de concorrência, eis que o melhor modelo é o espontâneo, haja vista que é criado pelo conjunto de ações concorrenciais e cooperativas, inseridas na realidade temporal e local daquele nicho produtivo, ou seja, se o mercado é mutável em função do tempo e do espaço não haveria possibilidade do conceito de concorrência, gerador do próprio mercado, ser estático.

O professor DiLorenzo, para corroborar sua tese, partiu ainda para uma análise revisionista da economia americana a partir da segunda metade do século XIX que,

como dito alhures, foi o tempo em que surgiram as legislações que moldaram o direito antitruste no mundo todo.

Em sua pesquisa, como já era esperado, foi observado que desde aquela época, as empresas acusadas de monopolização ou práticas anticompetitivas eram, na verdade, empresas inovadoras que estavam aumentando sua produção e diminuindo preços numa forma muito mais rápida e eficiente que o resto de seus competidores, incomodando, dessa forma, o sono da concorrência. DiLorenzo, na mesma obra, assevera:

“Num estudo publicado em junho de 1985 na *International Review of Law and Economics*, eu mostrei que as indústrias acusadas de 'monopolização' pelo senador Sherman 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 origem,

No estudo retro-mencionado, o professor DiLorenzo cita dados comprovando que no período entre 1880 e 1890, portanto no auge da era de ouro dos trustes, 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%, ou seja, ocorria um crescimento de sete vezes mais.

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%).

Se os dados de produção colecionados por DiLorenzo são impressionantes, mais extraordinário ainda é a queda dos preços nos produtos desses setores industriais acusados de práticas anti-competitivas, no mesmo período;

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%)

Observe-se, por necessário, que os dados lançados nos parágrafos anteriores constam da obra de DiLorenzo, capitaneados, como ali registrado, do *US Bureau of the Census, Statistical Abstract of the U.S., US Government Printing Office*.

E mais, era consenso entre os analistas políticos da época, que a medida tomada pelo Congresso Americano ao aprovar o Sherman Act, era na verdade uma manobra para proteger alguns empresários politicamente bem relacionados, como bem expôs o New York times em editorial da época, ao tentar alertar o público de que o Partido Republicano, em sua suposta guerra aos trustes buscava esconder o interesse de sua base aliada. Veja-se tradução livre do editorial:

NY times – Oct 1st 1890

“Essa chamada lei antitruste, foi passada para enganar o povo (...) O Sherman Act, foi aprovado para que órgãos do partido republicano possam destruir seus oponentes com a combinação da extorsão e do protecionismo. Vejam, nós atacamos os trustes, o partido republicano é inimigo de todos esses círculos, e agora o autor do projeto, Sherman, pode apenas esperar que esses círculos se dissolvam por si mesmos”
[17]

Desse modo, ainda que se o afirmado pelos intervencionistas fosse verdade, em uma economia de livre iniciativa, isto é, em uma economia com uma acendrada facilidade na criação e manutenção de empreendimentos, ainda que os Trustes tivessem o interesse escuso de restringir produção e praticar o preço predatório, pequenas empresas não teriam problema, pois elas se beneficiariam desse fato. Eis que ganhariam os consumidores com seus preços mais atrativos, uma vez que eram pequenos demais para serem notados pelos grandes trustes e ofereciam localmente melhores preços para a clientela.

Adicione a essa realidade econômica o custo de se manter uma grande fábrica ou loja funcionando e está preparada a receita para bancarrota.

De modo mais claro ainda, não há lógica em pensar que cartéis ou monopólios vão se manter por vinte, trinta ou até cem anos, perdendo dinheiro, até que um dia todos os seus competidores fechem as portas para no dia seguinte aumentarem os preços.

Ainda que por algum milagre isso fosse realizado, se um país mantém uma legislação amigável ao empreendedorismo, todo o trabalho e tempo investidos para controlarem o mercado seria reduzido a pó, uma vez que não haveria falta de empreendedores, sejam domésticos ou internacionais, buscando os consumidores insatisfeitos daquele nicho econômico após a subida dos preços.

Dessa forma, um truste econômico, isto é, um truste criado sem o auxílio de legislações protecionistas, é diretamente proporcional a sua capacidade em atrair e manter os consumidores, ao contrário do truste protecionista, que ao se tornar a única alternativa para seus consumidores em virtude da legislação, não precisa se preocupar com o bem estar daqueles que supostamente deveria servir.

Esse ponto é de considerável importância. É sabidamente reconhecido que os competidores diretos sempre iniciaram os processos antitruste contra seus concorrentes mais eficientes. Como Armentano, Demsetz e outros têm demonstrado, esses processos servem tipicamente para proteger pequenas empresas da concorrência e inevitavelmente acarretam aumentos de preços.

Assim, tanto de uma perspectiva histórica, quando lógica, pode-se observar que a, afirmação de que a legislação antitruste foi criada para proteger os consumidores dos efeitos nocivos do mercado desregulado, é na verdade uma falácia, cuidadosamente repetida e implantada ao longo dos anos.

A real história do século XIX, em concordância com os neoclássicos, mostra grandes empresas aumentando a produção, reduzindo preços, inovando em tecnologia, criando novos produtos e serviços e impulsionando o desenvolvimento econômico e social.

Não é a toa que no artigo "*The truth about Sherman*", brilhantemente DiLorenzo assim conclui:

O *Sherman Act*, como demonstrado, foi um instrumento usado para regular a capacidade produtiva e inovadora de algumas das indústrias mais competitivas 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: protecionismo. O principal patrocinador do projeto expansionista da lei tarifária de 1890, que passou apenas três meses após o *Sherman Act*, não era outro senão o próprio senador Sherman. [18]

Um bom exemplo dessa degradação do bem estar dos consumidores pelo protecionismo é observado em todos setores nos quais o Estado brasileiro monopoliza ou regula exacerbadamente. A tal exemplo, há de se observar o que ocorre no ramo dos transportes, telefonia e rodovias.

De tais exemplos tem-se, quase que por regra, nos setores onde há a maior quantidade de insatisfação dos consumidores se encontram as maiores “proteções” à competição.

Em contraponto, os setores onde há a livre possibilidade de competição, e portanto uma menor concentração de leis regendo a competição, em outras palavras, onde o ideal de competição aplicado é o imaginado pelos Austríacos, há um quase que um total atendimento dos anseios dos consumidores. A exemplo disso, nos setores como os de bebidas, eletrônicos e alimentos, percebe-se um grandioso espectro de preços, tipos e qualidades diferentes, atendendo aos anseios de todos os consumidores, inobstante a classe social.

CASOS EM QUE AS LEIS ANTITRUSTE PREJUDICARAM OS CONSUMIDORES

Observa-se no mundo todo, recorrentes efeitos nocivos da hiperatividade estatal no setor econômico, um exemplo recente aconteceu entre o Google por meio de seu serviço Google Maps, em que são oferecidos serviços de GPS gratuitos para que tiver um computador ou smartphone, e a empresa Bottin Cartographes da França, veio processar o Google por concorrência desleal, uma vez que oferecia seu serviço gratuitamente.

E por mais incrível que possa parecer, o Google, apesar de ter conferido gratuidade a um serviço antes pago, e dessa forma democratizado o acesso a mapas de qualidade, foi condenado a pagar 500.000 Euros de multa. [19]

Outro caso recente, inclusive citado pelo doutrinador André Luís Ramos na mesma palestra retromencionada, foi o que ocorreu com a Drogaria São Paulo, após sua tentativa de expansão para a região nordeste do país, por meio de preços atrativos e descontos vultuosos.

Em virtude de sua política agressiva em derrubar os preços, a concorrência local conseguiu que a referida empresa fosse impedida de comprar a concorrência ou de anunciar descontos acima de 15% em seus produtos, houve portanto, novamente pelo uso da força estatal, a manutenção de competidores mais caros e menos eficientes, em detrimento do interesse do consumidor, ainda mais quando se trata de um produto com possíveis efeitos para a saúde da população como os remédios.

Com efeito, a Drogaria São Paulo conseguiu posteriormente uma liminar que a autorizasse a concessão de maiores descontos. Representando não só um mau uso dos recursos da justiça, uma vez que essa se viu obrigada a salvaguardar o que é por si só uma atividade natural da livre iniciativa econômica, prevista na própria constituição, mas mais uma comprovação empírica ao afirmado anteriormente, de que as leis antitruste mais fazem mal do que o bem para a ordem econômica e para os consumidores, servindo como meio de perpetuação de empreendedores ineptos, que seriam de outra forma expulsos do mercado.

CONCLUSÃO

Analizando pois, de maneira pragmática, a efetividade das normas do direito concorrencial.

Depreende-se sem maiores esforços que a única razão plausível para a existência desse ramo do direito, é senão, a de proteger os direitos individuais, mais precisamente no caso, a de proteger os direitos pessoais de escolha, liberdade e propriedade.

Dessa forma, uma lei que se valendo desse ramo, se mostra incapaz de satisfazer esses objetivos torna-se, para o ordenamento, uma lei indesejável, a não proteção dos direitos individuais, e a criação de um ambiente em que se perpetuem os conflitos e situações em que a liberdade de escolha e o direito de propriedade são violados, não se consubstancia com o bom direito ou até com a própria democracia.

Dessa forma, por definição, a legislação antitruste, uma vez que não veio de um genuíno interesse de proteger os interesses ou direitos dos indivíduos, mas de empresários bem conectados, tem seu próprio núcleo quebrantado.

Observa-se que a legislação antitruste brasileira, a exemplo da americana, padece das mesmas graves falhas, seja em relação a sua efetividade em proteger a ordem econômica e o bem estar da população, uma vez que falha repetidamente em preservar o melhor interesse do público, encarecendo serviços e criando empecilhos desnecessários a já difícil atividade empresarial. Ou em relação a sua própria motivação existencial, uma vez que não surgiu em atenção aos anseios da sociedade, mas sim para atender os interesses da combinação nefasta do setor privado com o público.

Resta configurando pois, um distanciamento cada vez mais presente das lições de liberdade de mercado imaginada pelos autores clássicos, e um progressivo engessamento do progresso econômico.

Carecemos nós, aqui no Brasil, e no mundo inteiro, de uma reformulação drástica sobre como enxergamos o processo competitivo no âmbito empresarial, aceitando a

realidade das lições de Ayn Rand, em sua conhecida obra “Capitalism the Unkown Ideal” de que o capitalismo e a concorrência são realmente desconhecidos, que se moldam em relação ao lugar, tempo e povo, não possuindo fórmula ou possibilidade de ser previsto. Mas que essa incerteza está pautada e trabalha para a manutenção de um dos direitos mais primordiais do homem, a liberdade, e por essa razão não deve ser temida, mas encorajada.

Em concreto, a legislação antitruste confere ao estado uma ferramenta, que quando usada altera a realidade econômica de um país, dobrando o mercado e o interesse coletivo de milhões de cidadãos à sua vontade.

Só que a realidade do mercado nunca deve mudar para atender nossas vontades, nossas vontades que devem mudar para atender à realidade do mercado.

Dessa forma, a consequência dessa fantasia aos moldes do Mágico de Oz, é a fragilização da própria base de uma sociedade democrática, a liberdade, acabando por fim fragilizando o próprio Estado, uma vez que este tem para si o dever de proteger esse alicerce.

Ao gerar mais conflitos e mais abusos, demandando novamente, aos olhos do intervencionismo, a ação “corretiva” do Estado, joga-se a nação em uma espiral intervencionista, que culmina na estagnação e retrocesso econômico tão logo reste subjugado o poder de decisão do consumidor.

Renegando o país a ruína, não só econômica, mas social. Uma vez que o sucesso pessoal é completamente ligado ao sucesso da nação.

BIBLIOGRAFIA

Barak Orbach and Grace E. Campbell Rebling, *"The Antitrust Curse of Bigness"*, 85 S. Cal. L. Ver. 605, 2012 [1]

<http://global.britannica.com/topic/Standard-Oil-Company-and-Trust>[2]

MAGALHÃES, Agamenon "Abuso de poder econômico" In *Revista Forense*, Vol. CXX, Fascículo 553, julho de 1949, p.601 [3]

<http://cade.gov.br/news/n022/noticias.htm> (acesso em 19/10/2015)[4]

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI116633,31047-Cade+aplica+maior+multa+da+historia+por+formacao+de+cartel> (acesso em 19/10/2015 [5]

GABAN, Eduardo e DOMINGUES, Juliana, *Direito antitruste: o combate a cartéis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

(SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71.) [6]

(FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 65/66.) [7]

(OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 3-4.) [8]

MISES, Ludwig von. *Memoirs*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009, p. 98 (tradução livre) [9]

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5. [10]

(SCHERER, Frederic M. *Industrial market structure and economic performance*. 2ª ed. Chicago: Rand McNally College Publish Company, 1980, p. 435 (tradução livre) [11]

(McGUIRE, Joseph William. *Business and society*. New York: McGraw-Hill, 1963, pp. 38-39.) [12]

ARMENTANO, Dominick. Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure. 2ª ed. Oakland: The Independent Institute, 1999, pp. 5-6 (tradução livre). [13]

KOLKO, Gabriel. The triumph of conservatism: a re-interpretation of american history. New York: Free Press of Glencoe, 1963; e KOLKO [14]

Gabriel. Railroads and regulation. Princeton: Princeton University Press, 1965) [14]

MALEK, Ninos P. "Anti-trust is anti-competitive". Disponível em <http://mises.org/daily/1555>. (tradução livre) acesso em 15/08/2015. [15]

DiLORENZO, Thomas. "Anti-trust, anti-truth". In: Organized crime: the unvarnished truth about government. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2012, pp. 21-23 (tradução livre).[16]

"Mr. Sherman's Hopes and Fears" New York Times 1890-10-01. 2008-04-21.(tradução livre) [17]

DiLORENZO, Thomas. "The truth about Sherman". Disponível em <https://mises.org/daily/331>. Acesso em 8 de outubro de 2015 (tradução livre). [18]

<http://www.cartografia.cl/beta/index.php/noticias/723-corte-francesa-multa-a-google-por-ofreecer-cartografia-gratuita-con-google-maps> (acesso em 19/10/2015) [19]