

Lei antitruste: proteção da concorrência ou dos concorrentes?

Agradecimentos

Agradecimentos à minha esposa, por seu confiante incentivo; aos meus pais, pela educação que me proporcionaram, e aos brilhantes nomes da Escola Austríaca de Economia, tais como Ludwig von Mises, Frederick Hayek, Murray Rothbard, Hans-Hermann Hoppe, Dominick Armentano, Thomas DiLorenzo e tantos outros.

Resumo

O presente trabalho visa demonstrar que a atual legislação antitruste está em larga medida equivocada quanto à sua ideologia econômica fundante.

Para a conquista de tal intento, adotamos como método apresentar uma visão ampla e multidisciplinar da legislação antitruste como condição para a sua compreensão segundo as circunstâncias históricas, políticas e econômicas que influenciaram a sua formação.

Destarte, procedemos a uma análise econômica da teoria do modelo de competição perfeita, bem como uma avaliação jurídica para concluirmos pela sua inconstitucionalidade e incompatibilidade com os princípios gerais do estado democrático de direito.

Por fim, expomos uma nova perspectiva de atuação estatal no tocante à matéria que segundo entendemos, pode ser adotada com mais sucesso para a defesa da livre concorrência, com efeitos mais eficazes quanto à justiça, paz duradoura e sentimento de confiança, bem como para a prosperidade da nação.

Palavras-chave: protecionismo; inconstitucionalidade; livre-mercado

Sumário

1 Introdução	5
2 A Epistemologia da Confiança	7
3 As origens da legislação antitruste e de sua inauguração no direito pátrio	12
4 Uma avaliação econômica da lei antitruste	19
4.1 Uma análise da teoria da concorrência sob o modelo de competição perfeita	19
4.2 Equívocos conceituais	21
4.3 Descontos não-lineares configuram uma prática predatória?	28
4.4 Abuso de Posição Dominante e Reputação	30
4.5 O que é o mercado	31
4.6 O preço e o lucro	32
4.7 Dos cartéis	34
5 Sobre o problema de juridicidade e abstração da legislação antitruste	35
5.1 Da antijuridicidade	35
5.2 Do nível de abstração da legislação antitruste	40
5.3 Da inibição da Natureza Empresarial	43
5.4 Da tipificação de conduta sob a norma “per se”	44
6 Conclusão	48
7 Bibliografia	52

1. Introdução

Qualquer pessoa que tenha alguma intimidade com o futebol ou com qualquer outro esporte de times sabe muito bem que tanto a inação quanto o excesso de zelo representam um perigo para o bom andamento de uma partida. Se no primeiro caso os jogadores se vêem desimpedidos de usar de violência desmedida uns contra os outros, no segundo os mais espertos sentir-se-ão inclinados a explorar o juiz para “plantar” faltas e pênaltis.

Guardadas as proporções, podemos estabelecer um paralelo quanto ao comportamento das sociedades, identificando as anárquicas com o árbitro indolente e as interventivas com o de tutela exagerada. Anarquia e totalitarismo constituem-se ambos em estados de elevada injustiça, violência e opressão, e representam situações extremas onde o princípio da ordem jaz adoecido.

A ordem precede e garante a liberdade, e quem a pode prover é um estado equilibrado, que regule de forma equânime e imparcial os seus administrados, sem substituir-se às escolhas que lhes competem; que os fiscalize sem invadir seus direitos individuais; e que aplique as devidas sanções justamente na medida em que os danos sejam reparados e que o estímulo à reincidência seja minimizado a uma razão ótima.

O presente trabalho tem por escopo aferir a atual política antitruste vigente no Brasil com os valores acima elencados, sendo que para tanto percorre os caminhos multidisciplinares da Sociologia, da Economia, da História, da Política e do Direito.

Embora cada uma das abordagens frequentemente se mesquem no

desenvolvimento do texto, cada qual foi razoavelmente delineada para propiciar uma compreensão mais acurada de sua importância.

No âmbito sociológico, discorreremos especialmente sobre a importância da confiança como motor do desenvolvimento das nações. Allain Peyrefitte chama este fator indutivo de “divergência”, numa alusão dupla à de “uma pilha atômica quando se aciona em seu interior um ciclo de reações em cadeia”, bem como também pelo contraste com as demais sociedades, onde “nela a prosperidade adquire muito rapidamente ritmo e sinais desconhecidos dos vizinhos”¹

A história da legislação antitruste foi buscada desde os Estados Unidos, um país cuja experiência legislativa e jurisprudencial já é mais que centenária, inaugurada pelos primeiros movimentos reivindicatórios protagonizados pelos *grangers* (associações ou sindicatos de produtores rurais). A pesquisa histórica visa a proporcionar uma compreensão das causas e motivos que influenciaram a política antitruste norte-americana e que culminaram com a promulgação do *Sherman Act*, a primeira lei federal antitruste, até o momento em que desembarcou no Brasil sob a forma da Lei 8.884/94.

Na parte econômica avaliam-se os modelos neoclássicos de competição perfeita sob o ponto de vista dos fundamentos da Escola Austríaca de Economia, bem como são analisadas as principais causas e consequências econômicas das condutas tipificadas como delituosas.

Uma crítica de cunho jurídico examina os pressupostos de incidência da lei antitruste em confronto com os princípios constitucionais estabelecidos pela Carta

1

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p.33.

Magna de 1988 e do estado democrático de direito, bem como promove uma reflexão sobre a adoção da norma-da-razão em disputa com a norma “*per se*”.

Por fim, tecem-se alguns comentários propositivos à política antitruste atualmente vigente, de modo a promover-lhe uma maior eficácia em direção à defesa da ampla concorrência e de um desenvolvimento seguro, harmônico e pacífico da sociedade.

A regulação estatal de natureza intervencionista tende frequentemente a destronar o consumidor de sua posição soberana, ainda que por franca intenção tenha por objetivo reforçá-la. Nestes termos, podemos afirmar que a ação interventiva exercida pelo estado termina por regular, em última instância, o consumidor.

Caveat Emptor é o termo que representa a soberania do consumidor, resultante de sua liberdade de escolha e do processo competitivo do livre mercado. *Caveat Vendor* é a sua condição oposta de sujeição humilhante a um mercado onde é o produtor quem impõe suas condições, desimpedido por falta de alternativas ao primeiro.

Caveat Emptor é o reinado da concorrência; *Caveat Vendor*, o dos concorrentes. Então, o “que” ou “quem” devemos proteger por meio da ação estatal?

1. A Epistemologia da Confiança

Especificamente, o termo “trust”, provém da língua inglesa e designa o acordo entre empresas de forma que uma delas, geralmente a que esteja localizada em uma posição central no processo de produção, detenha o poder de administração sobre as demais, como forma de promover a racionalização e a diminuição de custos e assim,

em conjunto, tornarem-se mais competitivas. Sob o aspecto da cultura jurídica, denomina as formas que se assemelham a estes acordos e que passaram a ser proibidas primeiramente por força da lei norte-americana, tendo sido a primeira delas o “Sherman Act”, de 1890, cujo verbete foi trasladado para o português em sua forma adaptada, com idêntico sentido.

O termo “trust” também significa, em seu uso comum, “confiança”. Interessante é o fato de que na cultura anglo-saxônica o verbete tenha encontrado várias aplicações que se tornaram consagradas. John Locke o utiliza para denominar o que chamamos de “mandato”, com o significado bastante democrático de tornar-se bem lembrado de que os governantes agem com uma “responsabilidade confiada em depósito”. São, pois, “depositários da confiança” dos cidadãos². Na lei civil, engloba uma série de relações que se assemelham à tutela, à curatela, ao fideicomisso, às fundações privadas e até mesmo aos planos de previdência privada (lei comercial)³.

Possivelmente ninguém mais tenha realizado um estudo tão profundo sobre este sentimento humano tão nobre quanto poderoso e de suas implicações no desenvolvimento das diferentes sociedades do que Alain Peyrefitte, com sua original obra “A Sociedade de Confiança”⁴.

2

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p.305.

3

Trust law. Disponível em http://en.wikipedia.org/wiki/Trust_law. Acesso em 22/09/2011.

4

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p.305.

No capítulo 8 de sua original obra, que se intitula “Por uma Etologia da Confiança”, o intelectual francês invoca-o como um marco evolutivo capaz de livrar os homens “da obsessão da segurança, da inércia dos equilíbrios já alcançados, do peso das autoridades e do piche dos costumes⁵”, orientando-se a trilhar não o caminho da rebelião e da destruição, mas o da cooperação humana para o bem comum. Em uma passagem sintetizadora...

Há muitos anos, fixamo-nos no conceito confiança. E tivemos o prazer de encontrá-la, como vimos, no vocabulário dos melhores analistas da sociedade e da economia; até Maurice Allais, que em data muito recente a identificava como de passagem: “quer se trate de instituir a democracia, quer se trate de consolidar uma economia de mercado, o principal fator de sucesso é o estabelecimento da confiança, confiança no interior, confiança no exterior”⁶

Ricamente amparado em experiências históricas, Peyrefitte nos brinda com uma passagem especialmente ilustrativa, ao comparar as companhias de comércio inglesas e francesas⁷:

As companhias inglesas resultam de um esforço da sociedade civil. As companhias francesas são produto de uma decisão de estado.

5

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p.449.

6

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p.449.

7

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p.195/196.

Na Inglaterra, trate-se de empresas individuais ou de sociedades anônimas, - regulated companies ou joint stock companies -, todas são autônomas. O sistema holandês é parecido. Nesses dois modelos, a confiança é a regra...

Na França, ao contrário, as companhias de comércio são estreitamente dependentes: o capital vem sobretudo do estado, o que confere a este o direito de nomear os diretores e de determinar a distribuição do lucro. O Estado tenta compensar tais imposições oferecendo isenções e outros privilégios. Mas essas vantagens não permitem às companhias francesas, longe disso, a flexibilidade de que gozam as equivalentes companhias britânicas.

O resultado é que elas têm enorme dificuldade para encontrar lugar no tecido normal dos interesses comerciais. Os possíveis investidores não se candidatam a participar de empreendimentos cujo controle sabem que lhes escapará das mãos. Aliás, desconfia-se deles. O encorajamento prodigalizado por Colbert – sistema fiscal, honrarias, monopólios, empréstimos, encomendas – é fatalmente acompanhado de controle e regulamentações de efeitos contraproducentes. Essas situações serão geradoras de um clima de hostilidade recíproca entre a burguesia dos negociantes nas cidades portuárias - Bordéus, Nantes, Marselha, La Rochelle, Toulon, - e o dirigismo comercial do Estado – Impera a suspeita.

Semelhantemente, o economista Ludwig von Mises encontra-se com seu colega gaulês no entroncamento a que conduzem ambos as suas pesquisas, ao destacar a necessidade de uma paz continuada como requisito fundamental para a transformação de uma economia autárquica para uma economia de trocas.

Se convém esclarecer, referimo-nos à primeira como aquela tipicamente pré-capitalista, na qual os indivíduos são obrigados a produzir por si próprios o que necessitam, explorando unicamente os bens de que dispõem em suas glebas,

enquanto que em uma economia comercial as pessoas passam a se beneficiar das vantagens advindas da especialização de funções e das trocas mutualmente benéficas, usufruindo assim uma maior variedade de bens e recursos provenientes de outros rincões.

Destaca o ilustre austríaco que não basta o sentido de paz com efeito de “trégua”, pois embora aí haja um período qualquer de tranquilidade, seu caráter precário conduz os seres humanos a dirigirem seus esforços produtivos no esforço preparatório para uma nova deflagração do conflito esperado. Com efeito, se hoje a maior parte da população é capaz de viver em grandes cidades, produzindo um sem-número de bens e serviços especializados, é porque tem uma “confiança permanente” em um mui complexo sistema econômico capaz de provê-la, especialmente de alimentos. Neste sentido:

A razão tem demonstrado que, para o homem, o meio mais adequado de melhorar sua condição é a cooperação social e a divisão do trabalho. Estas são as ferramentas mais importantes na sua luta pela sobrevivência. Mas só funcionam onde exista a paz.⁸

Não obstante, embora não tenha feito da confiança seu objeto específico de estudo, Mises também salienta seu valor...:

Desta forma, os proprietários dos fatores materiais de produção e os empresários são virtualmente mandatários ou homens de confiança dos consumidores, revocavelmente designados por uma eleição que se repete todos os dias.⁹

8

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. Um tratado de economia. Tradução de Donald Steward Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P.246.

9

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. Um tratado de economia. Tradução de Donald Steward Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P. 378.

...e aprimora-a com o conceito de reputação:

A boa reputação comercial é o renome que um comerciante conquista, graças ao seu comportamento anterior. Implica na expectativa de que quem tem boa reputação continuará fazendo jus a essa fama.¹⁰

Como vemos, a paz duradoura, a confiança e a reputação constituem-se em ativos importantes e imprescindíveis para o funcionamento regular de uma economia de livre concorrência, daí a necessidade do estado em garanti-las com sabedoria.

2. As origens da legislação antitruste e de sua inauguração no direito pátrio.

Se alguém vier a pesquisar sobre os depoimentos dos congressistas brasileiros ou de experts no assunto à época em que a legislação antitruste brasileira estava por ser promulgada, dificilmente haverá de encontrar alguma argumentação teórica sobre a sua necessidade, desafios e vantagens. Via de regra, as declarações dos parlamentares restringiam-se à alegação apriorística, postulatória e auto-evidente da necessidade de o Brasil possuir uma lei antitruste. O assunto, ao que parece, chegou ao solo nacional como uma moda que repentinamente tomou o Congresso e os jornais à maneira de uma febre contagiante. Que explicação teríamos para esclarecer tal fenômeno?

Possivelmente quem possa nos oferecer uma resposta a esta indagação seja o

10

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. Um tratado de economia. Tradução de Donald Steward Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P. 526.

professor Dominick Armentano. Em seu livro “Antitrust – the case for a repeal”, ele explica como se processou a campanha organizada desde os Estados Unidos para que leis semelhantes fossem promulgadas em vários outros países¹¹ (tradução nossa):

Investigações e esforços em execuções também foram expandidos durante a administração Clinton sob a Promotora Geral Assistente Anne K. Bingaman e seu sucessor na Justiça, Joel Klein. Além do agudo aumento em multas criminais corporativas aplicadas por alegada fixação de preços, os caçadores-de-trustes de Clinton (incluindo o FTC) expandiram dramaticamente o número de investigações sobre fusões, abriram processos questionáveis endereçados a assuntos de integração vertical, **forneceram suporte à internacionalização do combate antitruste**, e produziram volumosos dossiês com incriminações contra firmas tais como Staples, Intel, e, lógico, a Microsoft. (Grifos nossos)

Pouco coincidentemente, a lei brasileira compõe-se basicamente da transliteração de conceitos legais importados do direito *yankee*, com uso frequente dos mesmos termos tais como “mercado relevante”, “posição dominante”, “preços discriminatórios” e outros.

As origens da ideologia antitruste remontam à segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, em um momento em que diversas firmas de vários setores começaram a formar parcerias e grandes conglomerados de alcance nacional e internacional, como fruto dos esforços dos empresários em obter ganhos de escala a partir do massivo investimento compartilhado em tecnologia e propaganda, da

11

ARMENTANO, Dominick. Antitrust. The case for repeal. 2. Ed. Rev. Auburn: Ludwig von Mises Institute. P.xvi: Investigations and enforcement efforts were also expanded during the Clinton Administration under Assistant Attorney General Anne K. Bingaman and her successor at Justice, Joel Klein. Besides the sharp increase in corporate criminal fines collected for alleged price-fixing, the Clinton trust-busters (including the FTC) dramatically expanded the number of merger investigations, initiated questionable cases addressing vertical integration issues, supported the internationalization of antitrust enforcement, and filed high profile cases against firms such as Staples, Intel, and, of course, Microsoft.

racionalização de custos e da integração dos recursos logísticos.

Surpreendentemente, não teve a lei antitruste suas raízes fincadas no setor industrial, mas sim no meio rural, como resultado da ação política concertada pelos “*grangers*”, sindicatos de pequenos produtores que alegavam enfrentar prejuízo face à concorrência criada por grupos tais como a Swift, Armour, Morris e Hammond - só para ficarmos com o caso das carnes bovina e suína. Os *grangers* promoveram uma intensa campanha com o propósito de convencer os legisladores estaduais a votarem leis estabelecedoras de cotas e preços mínimos, tendo logrado sucesso em dezenove estados.

A chamada *Farmer's Alliance* tornou-se a mais poderosa coalizão política norte-americana nos anos que antecederam a promulgação da lei antitruste federal de 1890, conhecida como “*Sherman Act*”. Encabeçada pelo estado do Missouri, reunia quase todos os estados localizados no vale do Mississippi ou próximos a ele, com exceção do Maine, com os votos garantidos por 140 dos 174 senadores e representantes da região. Não por mero acaso, o projeto de lei federal antitruste teve início no Senado, ao invés da Câmara dos Comuns (“House”)¹².

Frank M. Frew nos oferece um retrato da intensa campanha promovida pela união dos fazendeiros¹³ (tradução nossa):

12

BOUDREAUX, J. Donald; DILORENZO, Thomas. **The Protectionist Roots of Antitrust**. The Review of Austrian Economics. Vol.6. No. 2 (1993): 81-96 ISSN 0889-3047. P. 82.

13

BOUDREAUX, J. Donald; DILORENZO, Thomas. **The Protectionist Roots of Antitrust**. The Review of Austrian Economics. Vol.6. No. 2 (1993): 81-96 ISSN 0889-3047. P. 83: The Alliance confronted candidates for the state legislature with a card containing the following pledge: “I pledge myself to work and vote for the [Farmer's Alliance's] demands irrespective of party caucus or action” (Drew 1891, p. 303). The pledge card was widely distributed to farmers

A Aliança abordava os candidatos às legislaturas estaduais com um cartão contendo a seguinte promessa: “- Eu prometo trabalhar e votar pelas demandas (da Aliança dos fazendeiros) independentemente do caucus ou da ação”. Este cartão de promessa era amplamente distribuído aos fazendeiros, que eram instruídos assim: “se qualquer candidato se recusar a aceitar...vote contra ele e use a sua influência para eleger outro que o assine, independentemente de partido”.

Dominick Armentano, Ph.D e Professor Emérito de Economia da Universidade Hartford em Connecticut, incumbiu-se de promover uma investigação histórica pormenorizada de 55 dos mais notáveis casos de indiciamento nos processos promovidos pelo FTD (*Federal Trade Commission*) ou pelo *Department of Justice*, ou por eles levados a juízo, tendo concluído, muito ao contrário dos argumentos que serviram à causa da promulgação da lei antitruste à época e que seguem consagrados até os dias atuais, que em todos eles as empresas aumentavam a produção, reduziam preços, desenvolviam tecnologia, aprimoravam a logística e acima de tudo, engajavam-se completamente em um intenso processo competitivo.

Boudreaux e DiLorenzo, a seu turno, também depararam-se informações de idêntica natureza em suas pesquisas, tendo compilado alguns dados curiosamente surpreendentes, tais como o de que durante a década de 1880¹⁴: 1 – o preço das carnes bovina e suína caiu em cerca de 19%, tendo o preço ao varejo diminuído em 38%, enquanto a quantidade em peso, subiu cerca de 50% nos EUA como um todo; 2 - o preço do trigo sofreu uma deflação de 34,7% no estado do Missouri; 3 - os fretes

who were instructed: “If any candidate refuses to sign...vote against him and use your influence to elect those who sign, irrespective of party”

ferroviários decresceram em pelo menos 54%, enquanto que a tonelage transportada subiu aproximadamente 700%(!); 4 - os custos financeiros diminuíram consistentemente, tendo a taxa de juros reais aplicada às hipotecas rurais na região do Missouri emagrecido em cerca de 31 por cento; 5 – que nos EUA como um todo, o preço de equipamentos e máquinas agrícolas em 1890 era aproximadamente 2,5 vezes menos do que em 1870.

DiLorenzo verificou também que no setor industrial a produção cresceu no mesmo período numa média de 175%. Especificamente: aço, 258%; zinco, 156%; carvão, 153%; aço para trilhos ferroviários, 142%; petróleo, 79%, e açúcar, 75%. No mesmo período, os preços caíram: aço para trilhos ferroviários, -53%; açúcar, -22%; chumbo, -12%; e zinco, -20%¹⁵.

Com tais informações à mão, torna-se difícil avaliar qualquer alegação de prejuízo aos consumidores, de acordo com os fundamentos teóricos que representam a *ratio legis* antitruste, segundo a qual os acordos de tal natureza entre empresários são estabelecidos com o propósito de dominar o mercado e prejudicar os cidadãos pela redução na produção concomitantemente a um aumento dos preços.

Estivessem de fato os então chamados trustes majorando seus preços e diminuindo a produção, a consequência natural seria a da criação de uma excelente oportunidade aos pequenos fazendeiros, que assim teriam espaço no mercado para atender à demanda não atendida, e sob um preço formado com mais folga.

Todavia, de forma diametralmente oposta, o que os pequenos fazendeiros

15

DILorenzo, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, p. 140/141.

buscavam com a concertação política guardava muito maior relação com a defesa de interesses particulares do que com o bem público: seu propósito era o de defender-se de preços baixos e de bens alternativos concorrentes. Os plantadores de algodão, por exemplo, conseguiram não somente estabelecer um preço mínimo para o produto, bem como baniram a juta na fabricação de sacos de estiva.

De acordo com Gordon¹⁶ (tradução nossa):

Talvez a mais violenta reação contra [as combinações industriais] de qualquer grupo de interesses particulares veio dos fazendeiros...Eles citavam os sacos de juta e o alegado truste destas tecelagens, e encaminharam petições tanto aos seus legisladores estaduais quanto ao Congresso demandando algum alívio. O algodão foi sugerido como um bom substituto para a juta para embalar seus fardos de algodão. Na Georgia, Mississipi e Tennessee, as Alianças [dos fazendeiros] passaram resoluções condenando o truste da juta e recomendando o uso de sacos de algodão.

Certamente, a habilidade na arte do discurso faz a sua parte no mister de conquistar a opinião pública. Em 1888 foi constituída pelo Congresso a primeira comissão encarregada de investigar a causa para os baixos preços da carne aparentemente praticados pelas “quatro grandes” (Armour, Swift, Morris e Hammond). O Senador George Vest, do Missouri, seu presidente, concluiu em seu relatório final que¹⁷ (tradução nossa):

16

GORDON, Sanford. “Attitudes toward trusts prior to the Sherman Act. Southern Economics Journal 20 (June 1963): 158, citado por DILORENZO, Thomas. How capitalism saved America. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, p. 139: Perhaps the most violent reaction against (industrial combinations) of any single special interest group came from farmers...They singled out the jute bagging and alleged binder twine trust, and sent petitions to both their state legislators and to Congress demanding some relief. Cotton was suggested as a good substitute for jute to cover their cotton bales. In Georgia, Mississipi, and Tennessee the (farmers’) Alliances passed resolutions condemning the jute bagging trust and recommended the use of cotton cloth.

“...a principal causa da queda nos preços pagos ao pecuarista e do notável fato de que o custo do bife ao consumidor não tenha decrescido em proporção vem da centralização anormal e artificial dos mercados, e o controle absoluto por uns poucos operadores que por meio disso tornou possível.

Destaque-se o fato de que os preços ao consumidor realmente caíram, o que a comissão não nega, mas antes reafirma. Em outras palavras, os consumidores foram sensivelmente agraciados, embora não na mesma proporção do preço do insumo representado pelo boi.

Muito embora a sobredita comissão não tivesse encontrado nenhuma evidência de conluio, seus integrantes assim inferiram com base na suposição de que com o conhecimento das condições do mercado seus participantes não perderiam a oportunidade de agir de forma combinada.

O Relatório Vest estimulou diversos estados a unirem-se em benefício dos pecuaristas. Ainda no ano de 1888, o governador do Kansas, Lyman Humphrey, realizou uma conferência com delegados de vários estados com o objetivo de uniformizarem as suas respectivas legislações antitruste¹⁸. Não houve nenhuma menção durante a convenção ou na minuta dela resultante da necessidade de proteger os consumidores dos preços altos, mas apenas para proteger os pecuaristas e

BOUDREAUX, J. Donald; DILORENZO, Thomas. **The Protectionist Roots of Antitrust**. The Review of Austrian Economics. Vol.6. No. 2 (1993): 81-96 ISSN 0889-3047. P. 90: “The principle cause of the depression in the prices paid to the cattle raiser and of the remarkable fact that the cost of beef to the consumer has not decreased in proportion, comes from the artificial and abnormal centralization of markets, and the absolute control by a few operators thereby made possible”(Senate Report No. 829 [commonly referred to as the Vest Report], p. vii).

fazendeiros dos preços baixos praticados por seus concorrentes.

Ao identificarmos as raízes da lei antitruste federal norte-americana de 1890, temos condições de encaixar de forma mais apropriada a atuação do senador John Sherman, seu principal patrocinador, a ponto de terem-na cunhado com seu sobrenome, tendo sido ele próprio muito bem conhecido por suas convicções protecionistas, muito bem alinhadas com a ideologia do Partido Republicano à época. Segundo DiLorenzo¹⁹, a lei antitruste pode ter sido promulgada para servir como uma cortina de fumaça com a finalidade de pavimentar o caminho para o *McKinley Act*, uma lei que aumentou o imposto de importação para até 50% sobre uma vasta gama de produtos estrangeiros, promulgada apenas quatro meses depois, sob a liderança do próprio senador John Sherman. Esta suspeita pode ser reforçada por um editorial do *New York Times*, datado de 1º de outubro de 1890, donde se destaca²⁰:

Aquela assim chamada lei Antitruste foi aprovada para enganar o povo e abrir o caminho para a sanção desta...lei relacionada às tarifas (de importação). Foi projetada de modo que os órgãos partidários possam dizer aos oponentes da extorsão tarifária e das combinações protegidas, “Olhem! Nós atacamos os trustes. O Partido Republicano é o inimigo de tais alianças!” E agora o seu author [Sherman] pode apenas “esperar”

19

BOUDREAUX, J. Donald; DILORENZO, Thomas. **The Protectionist Roots of Antitrust**. *The Review of Austrian Economics*. Vol.6. No. 2 (1993): 81-96 ISSN 0889-3047. P. 81.

20

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, p. 142: That so-called Anti-Trust law was passed to deceive the people and to clear the way for the enactment of this...law relating to the tariff. It was projected in order that the party organs might say to the opponents of tariff extortion and protected combinations, “Behold! We have attacked the Trusts. The Republican party is the enemy of all such rings.” And now the author of it (Sherman) can only “hope” that the rings will dissolve of their own accord.

que estas alianças se dissolvam de seu próprio acordo.”

3. Uma avaliação econômica da lei antitruste

3.1.—Uma análise da teoria da concorrência sob o modelo de competição perfeita

Certa vez, um grupo de cientistas procurou trazer à tona algumas criaturas das profundezas marinhas para serem examinadas em laboratório; a tentativa resultou malograda porque elas simplesmente se desintegravam quando trazidas à superfície, devido à diferença de pressão. Esta ilustração demonstra como determinados campos requerem que o seu objeto seja estudado conjuntamente com todas as suas relações com o meio que o envolve, e nisto situa-se precisamente a ciência econômica.

A teoria macroeconômica neoclássica, prevalecente no meio acadêmico nos dias atuais e que deu origem à legislação antitruste, assenta-se na teoria dos modelos estáticos de competição perfeita, elaborados sobre cenários de equilíbrios cartesianos pré-estabelecidos, nos quais foram convencionalmente isoladas estas e aquelas variáveis e arbitrariamente impostas algumas condições que jamais se verificariam no mundo real, tais como um número idealmente infinito de competidores, o conhecimento completo do mercado, os produtos absolutamente homogêneos, a inexistência de restrições artificiais à circulação dos produtos e a ausência de inovações tecnológicas ou mercadológicas que interferissem nos preços e nas preferências dos consumidores.

O que esta escola econômica pretende demonstrar é que quaisquer desvios

dos modelos ideais de competição perfeita tendem a gerar uma pior utilização dos recursos, e conseqüentemente, uma redução do bem-estar geral da sociedade, com base na presunção de que os operadores de um mercado não atomizado tendam a majorar os preços e reduzir a produção, gerando conseqüentemente a alegação da necessidade de que tais condutas devam ser monitoradas e reprimidas por meio da intervenção estatal.

Armentano, Ph.D e Professor Emérito de Economia da Universidade de Hartford, nos explica como e porque tal da teoria do modelo de competição perfeita não encontra guarida no mundo real, donde extraímos um trecho bastante sintetizador²¹:

A competição comercial é sempre um processo dinâmico, e não um dado cenário estático de relações, no qual os fornecedores continuamente esforçam-se para oferecer alternativas melhoradas aos participantes do mercado. Contrariamente ao mundo de competição perfeita, a competição é um processo de descoberta de oportunidades em busca de lucro, e de conseqüentes ajustes nas condições do mercado de modo que estas oportunidades tendam a ser exploradas. Se há qualquer movimento em direção a um estado de equilíbrio, este processo de descobertas e ajustes mercadológicos são justamente este movimento, e esta é a razão pela qual ele ocorre. A competição é o

21

ARMENTANO, Dominick. **Antitrust and monopoly**. Anatomy of a policy failure. 2ª ed. Oakland: The Independent Institute. P. 26: Business competition is always a dynamic process, not a given static state of affairs, in which suppliers continually strive to offer improved alternatives to market participants. Unlike the perfect competitive world, competition is a process of discovering opportunities for profit, and then adjusting market conditions so that these opportunities tend to be exploited. If there is any movement toward equilibrium, this process of discovery and market adjustment is that movement, and this is why it occurs. Competition is the equilibrating process, not the equilibrium condition, in which businessmen attempt, in the absence of perfect knowledge and homogeneous products, to more closely coordinate their supply plans with the anticipated plans of other market participants.

processo de equilibrar, e não uma condição de equilíbrio, em que os homens de negócios procuram, na ausência de conhecimento perfeito e de produtos homogêneos, coordenar mais acuradamente seus planos de fornecimento com os planos previstos por outros participantes no mercado.

3.2. — Equívocos conceituais

Abaixo transcrevemos o artigo 21 da Lei 8.884/94, acompanhado de alguns de seus incisos, para com base nele formularmos algumas considerações:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

A recorrência com que certa linguagem metafórica é aplicada no dia a dia dos negócios, especialmente a importada da política e das artes militares, induz a uma incompreensão generalizada da natureza comercial. O mercado não se caracteriza por “guerra” e “conquista”, mas fundamentalmente por cooperação humana. Aqueles que são conhecidos ou até que se intitulam erroneamente como “reis” ou “imperadores”, na

verdade, são servos diligentes e atenciosos dos consumidores, seus verdadeiros patrões, estes últimos sim, ímpios a ponto de destronarem-nos da noite para o dia ao menor sinal de descuido. Expressões como a “guerra dos refrigerantes” ou “estratégias agressivas de vendas” não guardam o significado real de ferir fisicamente a propriedade ou a vida de alguém, mas de o de esforçar-se mediante o uso parcimonioso dos recursos e o aprimoramento das técnicas para que o consumidor seja melhor atendido com um número cada vez maior e melhor de bens e produtos.

Quanto a este vício advindo de priscas eras onde a pilhagem era considerada por excelência como meio legítimo ou eficaz de ascensão social, Ludwig von Mises assim se expressa²²:

Uma consequência dessa mentalidade é a prática de aplicar, ao mundo dos negócios, a terminologia do poder político ou a da ação militar. Empresários bem sucedidos são chamados de reis ou duques, suas empresas são consideradas impérios, reinados ou ducados. Não haveria necessidade de criticar essa linguagem se estivéssemos diante de meras metáforas inofensivas. Mas estamos diante de erros graves que representam um papel nefasto nas doutrinas contemporâneas. Ação Humana.

Se a uma empresa é garantida a liberdade formal para ser constituída, para poder se organizar e traçar suas estratégias e exercer as suas atividades, nada há que ser falar em impedimentos ou criação de dificuldades, que não podem ser confundidas com o puro e concorrido mercado. No âmbito estritamente comercial, isto é, consideradas puramente as condutas natural e propriamente negociais dos agentes

22

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. Um tratado de economia. Tradução de Donald Steward Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P. 379.

econômicos dentro de uma sociedade onde prevaleça o regime de livre iniciativa, nenhuma das previsões acima elencadas do art. 21 podem ser efetivadas.

O único meio materialmente possível de impedir ou criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de uma empresa concorrente, excetuando-se neste raciocínio a prática de crime comum, como por exemplo a ameaça de morte ou a sabotagem, consiste em desfrutar das benesses provindas de um poder de autoridade, o que requer, obviamente, a participação ativa do estado, seja por via formal ou velada. Um fato assim pode ser constatado com relação às chamadas “vans”, que não logram exercer suas atividades como empresas regularmente constituídas porque os municípios em geral outorgam monopólios de linhas aos empresários de ônibus.

Experiências desta mesma natureza sofreram homens de negócios como Cornelius Vanderbilt e James H. Hill, notáveis empreendedores que além de extremamente competentes, tiveram de concorrer em pé de desigualdade com rivais beneficiados com monopólios ou subsídios estatais.

Vanderbilt tornou-se famoso por desafiar o monopólio do frete conferido às embarcações a vapor de Robert Fulton, em 1817, concedido pelo estado de Nova York, animado sob uma clássica concepção mercantilista. Seus barcos, que operavam ilegalmente, ostentavam uma bandeira com os dizeres: “Nova Jersey deve ser livre”. Operando com preços mais baixos e serviços de melhor qualidade, conquistou a simpatia da opinião pública até que o monopólio foi extinto em 1824 pela Suprema Corte. Com o mercado desregulamentado, o tráfego aumentou significativamente e com

ele toda a indústria local²³.

Porém, não foi a última ameaça que sofreu. Em 1847, seu concorrente Edward Collins convenceu o Congresso a beneficiá-lo no seu negócio de transatlânticos a vapor com um subsídio de três milhões de dólares, mais trezentos e oitenta e cinco mil dólares anuais. Dormindo sob os louros do dinheiro público, entretanto, a qualidade dos seus serviços foram piorando paulatinamente, uma vez que mais se concentrava em investir seus recursos em atividades lobbistas do que em proporcionar ao público serviços melhores e mais baratos, até que, enfim, foi à bancarrota em 1858.

James H. Hill teve um difícil início em sua trajetória; devido à morte de seu pai, por volta dos seus quatorze anos, viu-se obrigado a abandonar a escola para trabalhar em uma doceria para ajudar a sua mãe viúva. Tendo trabalhado também em fazendas, no comércio coureiro e na indústria ferroviária, foi adquirindo experiência nestes ramos, até que com a parceria de amigos adquiriu uma companhia ferroviária falida em Minnesota, que viria a se tornar a pedra fundamental para o erguimento da magnífica *Great Northern Railroad*.

Com seu talento para os negócios, Hill e sua companhia competiram sem um único centavo de dinheiro público contra gigantes subsidiadas do setor, construindo ferrovias de muito melhor qualidade, com trechos mais retos e aclives mais suaves, adquirindo de forma totalmente contratual seus direitos de passagem sobre propriedades privadas e públicas, e agindo como um extraordinário colonizador, pois que financiava a aquisição de terras a pessoas pobres ao longo de suas linhas, não

23

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, P. 131/132

raro fornecendo-lhes grãos e gado e assistência técnica de forma totalmente gratuita para iniciarem na vida, bem como incentivava-as a diversificar a produção, justamente como estratégia de não se tornarem dependentes das flutuações dos mercados.

Sua preocupação com a excelência dos serviços, com o uso mais racional dos recursos e com a satisfação plena dos parceiros e consumidores era largamente conhecida, tanto quanto a má-fama que “desfrutavam” seus concorrentes. Relatos históricos revelam que muito ao contrário da GN, os seus colegas subsidiados frequentemente roubavam os fazendeiros em busca de madeira para moentes, carne para alimentação dos operários e ferramentas e equipamentos, obrigando-os a fazerem vigília ao longo de suas linhas. Por fazerem uso de qualquer madeira roubada no caminho, e por não dependerem do juízo dos consumidores, regularmente construía diretamente sobre a neve, que ao derreter apodrecia os moentes e varria para longe os trilhos, pontes e postes telefônicos. Além disso, como recebiam por milha construída, contavam com forte incentivo para construírem suas linhas com os trechos mais longos e sinuosos²⁴.

De acordo com o historiador Burton Folsom, James H. Hill recusava-se a tomar parte em tentativas de fixação de preços cartelizados e de fato, “glorificava-se no papel de esfaqueador de tarifas e um quebrador de acordos colusivos desta natureza²⁵”

24

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, p. 114/115.

25

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, p. 114: He refused to join in attempts at cartel price fixing and in fact “gloried in the role of rate-slasher and disrupter of (price-fixing) pooling agreements”

Muito ao contrário, assim Hill se manifestou certa vez, por escrito²⁶:

“O governo não deveria fornecer capital a estas companhias, em adição aos seus enormes subsídios fundiários, para capacitá-los a conduzir seus negócios em concorrência com empresas que não têm recebido nenhum auxílio do tesouro público”.

Dificuldades materiais ou técnicas são esperáveis como consequência normal do mercado, e tanto serão mais desafiadoras quanto mais acirrada a competição dentro de um determinado setor, como fruto mesmo da liberdade de concorrência amadurecida pelo tempo. Isto porque o nível de excelência da cadeia produtiva já se encontra bastante evoluído: os custos já estão bastante enxutos, a tecnologia é de ponta e os procedimentos foram otimizados ao máximo. Praticamente não há desperdício na alocação de recursos, pelo menos de acordo com o nível de conhecimento atual.

Porém, em hipótese alguma isto pode ser considerado como um problema social: quanto mais competitivo um mercado for, melhor atendidos serão seus consumidores, e também mais exigentes estes se tornarão. Os fabricantes de televisores em preto e branco podem até tentar, e absolutamente nada há que lhes obste abrir uma firma, expor os seus produtos e colocá-los à venda. Se alguém vai adquiri-los, isto é lá outra história.

O fato de que, por exemplo, uma empresa mantenha um contrato de exclusividade com determinado fornecedor, não deve ser considerado como um

26

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, p. 114: “The government should not furnish capital to these companies, in addition to their enormous land subsidies, to enable them to conduct their business in competition with enterprises that have received no aid from the public treasury”

impedimento ou limitação do concorrente. Em um regime de livre mercado, nada impede que a empresa novata renegocie com base em termos mais vantajosos com estes estabelecimentos fornecedores, que produzam elas próprias estes produtos, que os importem de outros mercados, que incentivem a criação de novos fornecedores ou que partam para a busca de soluções alternativas. A mera raridade do insumo acarretará no aumento do seu preço ou na oferta de criativas substituições, o que despertará a atenção dos agentes econômicos para o atendimento da demanda.

O historiador Gary Garret ilustra muito bem este fenômeno quando discorre sobre o problema dos trustes ferroviários nos Estados Unidos²⁷:

Observe como em uma economia de livre concorrência, se você deixa-a por sua conta, virá um ciclo completo e a quebra do monopólio. Quando as ferrovias apareceram na cena o velho carroceiro de frete foi posto de fora do mercado. Como um indivíduo ele nunca poderia esperar possuir suas próprias locomotivas, linhas de vagões de frete e um caminho de ferro. Cem anos depois o indivíduo podia comprar um caminhão motorizado, a crédito se necessário, dirigi-lo sobre uma estrada de concreto e competir com o maior dos sistemas ferroviários.

~~3.3.~~ Descontos não-lineares configuram uma prática predatória?

Vejamos como se posicionou o CADE, segundo nota emitida em seu site, no

27

GARRETT, Gary. **The American Story**. 2.ed. Auburn: The Ludwig von Mises Institute. P. 187: Observe how in a free economy competition, if you let it alone, will come a full cycle and break the monopoly. When the railroad appeared on the scene the old wagon freighter was out of business. As an individual he could never hope to own locomotives, strings of freight cars and a steel right of way of his own. One hundred years later the individual could buy a motor truck, on credit if necessary, take it out on the concrete highway and compete with the biggest railroad system.

famoso caso da milionária multa aplicada contra a AMBEV em função do seu programa de descontos intitulado “Tô Contigo”²⁸:

O Cade considerou que as provas constantes nos autos do Processo Administrativo comprovam que o denominado programa de fidelidade e bonificações “Tô Contigo” exigia como contrapartida à entrada dos pontos de vendas a exclusividade ou a compra de share AmBev mínimo de 90% do total, de maneira seletiva e não-sistemática. Desse modo, o Cade concluiu que se trata de programa de descontos não-linear, carreado por empresa com posição dominante no mercado de cervejas. Por isso, o Plenário julgou que o “Programa Tô Contigo” possui potencial de arrefecimento da concorrência, de fechamento de mercado e de elevação artificial dos custos de concorrentes. (grifos nossos)

Preços diferenciados são normalmente apresentados à população como malévolos, pois alega-se que são praticados em virtude da qualidade dos compradores, distinção esta que não haveria de ter lugar, vez que em nada se refletem nos reais custos de produção.

Para um melhor entendimento deste fenômeno, socorremo-nos de John R Lott, Jr. que por meio de sua obra *Freedomnomics*, nos esclarece que os vários casos de prática de preços discriminatórios que estudou sempre resultaram de um critério econômico racional e, as mais das vezes, benéfico à população. Assim ele se justifica²⁹:

28

Boletim da 448ª reunião ordinária do Cade. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6cdf2efb150a1ee5301d320f20> (acesso em 26 de setembro de 2011).

29

LOTT, John R.. **Freedomnomics**. Why the free market works and other half-baked theories don't. Washington: Regenery Publishing, Inc., 2007, p. 23: So is this necessarily a bad thing? Price discrimination frequently allows firms to produce more and increases society's total wealth. This is especially true for monopolies that make large investments in research and development or in infrastructure; if they are not allowed to price discriminate, the firms will simply have to charge a uniform high price in order to recoup their product out of reach for the poor or others who can't pay the high price.

Então é isto necessariamente algo ruim? A discriminação de preços frequentemente permite às firmas produzir mais e aumentar o bem-estar geral da sociedade. Isto é especialmente verdadeiro para monopólios que fazem grandes investimentos em pesquisa e desenvolvimento ou em infraestrutura; se eles não tivessem a permissão de discriminar preços, simplesmente teriam de cobrar um preço uniforme e alto para poder recuperar seus custos com P & D. Isto colocaria seus produtos fora do alcance para os pobres que não podem pagar pelo alto preço.

Um destaque digno de nota que Lott expõe para a questão dos preços discriminatórios é o caso da indústria farmacêutica, que cobra dos norte-americanos os preços mais altos – justamente porque computa para somente eles os custos com pesquisa e desenvolvimento (os japoneses também fazem isto com produtos eletrônicos), enquanto são cobrados dos africanos os preços mais acessíveis e de países intermediários, algum valor entre estes dois limites extremos.

No caso do programa Tô Contigo, da AMBEV, há todo um cálculo econômico racional, baseado em ganho de escala, parceria com os bares (fornecendo equipamentos e acessórios), e segurança de vendas, que se traduzem em um melhor planejamento.

~~3.4.~~ Abuso de Posição Dominante e Reputação

Se há algo que jamais nenhum órgão governamental poderá medir por meio de modelos econômicos, chama-se reputação. Eis, todavia, um bem valioso, mas que não pode ser contabilizado.

A reputação consiste em um fator determinante para que um bar decida vender um produto de um fabricante único. Afinal, seus clientes sempre poderão se dirigir ao

seu comércio sabendo que o produto preferido deles está ali. O dono do bar, assim, não teme desapontar seus clientes.

É a reputação que possibilita a um fabricante exigir um preço melhor por seu produto, e isto nada, absolutamente nada, tem a ver com custos de produção. Com relação à questão da reputação, Ludwig von Mises nos oferece outra brilhante lição³⁰:

Existem situações nas quais os clientes estão dispostos a pagar um preço maior por um produto de uma determinada marca, embora produtos similares de mesma estrutura física e química sejam mais baratos. Os especialistas podem julgar irracional este comportamento. Mas ninguém tem capacidade suficiente para ser especialista em todos os campos que são relevantes para suas escolhas. Por isso, frequentemente as pessoas substituem o conhecimento do verdadeiro estado das coisas pela confiança que depositam em outras pessoas. O consumidor normal nem sempre seleciona o artigo ou o serviço que deseja, mas o fornecedor em quem confia. Paga um prêmio àqueles em quem confia.

Como vemos, a teoria econômica atualmente mais aceita, de inspiração objetivista, sofrivelmente ignora tais circunstâncias. Um preço se estabelece pelo subjetivismo, que é a aceitação do consumidor e a disposição sua de pagar a mais por um bem. Em um dos mais arbitrários incisos da lei antitruste, este proíbe às empresas majorarem “arbitrariamente” seus lucros, como se, em um mercado livre, todos os preços fossem ou devessem ser tabelados pelo governo, quando o são estimados pelas empresas não em face dos custos, mas devido à aceitação que estimam obter de sua clientela. Ou é isto ou não há que se falar de concorrência livre.

30

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. Um tratado de economia. Tradução de Donald Steward Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P.526.

~~3.5.~~ O que é o mercado

Frequentemente as pessoas costumam identificar o mercado com o conceito estrito de competição, enxergando na concorrência direta, individual e atomística a sua expressão mais realística. Todavia, a essência do que venha a ser um mercado tem mais a ver com o sentido de cooperação social, e isto abrange diversas outras formas de interação.

Mesmo concorrentes diretos entre si podem se beneficiar uns dos outros sem nada a fazer do que simplesmente estarem localizados em um mesmo lugar. É o caso, a título de demonstração, da famosa rua Teresa, no município de Teresópolis, onde se avizinham centenas de atacadistas de confecções. A concentração de estabelecimentos facilita a decisão por parte dos seus clientes em se deslocarem para a região, de modo que possam contar com mais opções e assim diversificar seus estoques.

Claro está que acima temos apenas um exemplo singelo que poderíamos talvez chamar de comensalismo, se quisermos fazer uso de um termo importado da Biologia. Entretanto, há também o cooperativismo, segundo o qual diferentes concorrentes rateiam despesas para fazer frente a investimentos logísticos como o uso de máquinas agrícolas; a parceria, que permite a duas empresas diferentes unirem suas redes de assistência técnica de modo que uma atenda aos clientes da outra onde não houver alguma representação desta; e assim por diante, temos o consórcio, as fusões, as terceirizações, os pools, e todas as outras formas conhecidas que a inventividade já criou ou há de criar, donde obviamente se incluem até mesmo os mal-afamados cartéis.

Todas estas formas de ação humana concertada buscam a otimização dos recursos e dos lucros, e dado que não agredem fisicamente a propriedade alheia, sendo antes o produto da vontade espontânea dos vários agentes envolvidos - fornecedores e consumidores - merecem ser reconhecidas como mutuamente benéficas aos seus participantes, ou de outra forma estes não as realizariam.

Podemos definir o mercado como o conjunto das ações humanas. Toda ação acarreta um número praticamente infinito de escolhas que foram preteridas, e que uma vez praticada gera informações para todos os agentes participantes de um processo econômico. O mundo real é dinâmico, e cada produto posto à venda é submetido à subjetividade de cada um dos cidadãos, os quais, por sua vez, possuem um conhecimento incompleto do mercado. Além disso, diariamente novos participantes entram e saem de um determinado setor, e há ainda os inventores que vez ou outra dizimam mercados inteiros por condená-los à obsolescência. Não existe equilíbrio, nem há de existir: muito pelo contrário, a roda que gira o mundo é impulsionada por um eterno e salutar desequilíbrio!

3.6. — O preço e o lucro

A ação humana é consciente e propositada e tem por objeto transformar uma dada condição considerada insatisfatória para outra mais desejável. O lucro representa toda e qualquer evidência de que uma ação humana resultou bem-sucedida. Mesmo o ato de estender a mão para colher uma maçã representa uma ação humana, pois arca com custos, tem um objetivo e espera obter algo que proporcione ao agente algo a mais do que o tempo e o esforço de pegá-la. Em cursos de sobrevivência na selva, os alunos são instruídos a não colherem os

palmitos, uma vez que o valor nutricional deles é inferior ao desgaste de derrubar a palmeira e extrair o broto comestível. Esta é uma decisão perfeitamente econômica, que no caso, é medida em calorias.

Nos países comunistas, usualmente os preços não eram formados por critérios econômicos, mas políticos. Disto resultava frequentemente uma abundância na produção de bens cuja produção seria considerada inviável face aos preços politicamente estabelecidos, o que acarretava uma conseqüente carência de outros bens mais necessários ou alternativos.

Quando os custos para a oferta de um bem ultrapassam o que as pessoas em geral julgam razoável, este passa a ser substituído por alternativas e/ou é submetido a uma utilização mais comedida e parcimoniosa por parte dos compradores.

O preço e o lucro são importantíssimas medidas de informação para o mercado, o primeiro para possibilitar ao público efetuar julgamentos sobre a viabilidade da aquisição dos bens e serviços, bem como, sendo o caso, sobre a necessidade de economizá-los, e o segundo para convocar novos participantes ao setor produtivo ou ao contrário, convidar os menos eficientes a mudarem de ramo. Além disso, é o lucro que patrocina a pesquisa, o desenvolvimento de melhorias e a ampliação da estrutura de fornecimento.

Quando o estado, por meio da lei, passa a monitorar o lucro das empresas, passando a considerar como arbitrários certos aumentos de preços, não faz mais do que substituir o juízo do empresário pelo dos seus agentes públicos, estes geralmente abastecidos de informações bem mais imprecisas e incompletas. Como conseqüência, provoca uma grave perturbação das informações prestadas aos

consumidores, desorientando-os acerca das escolhas que poderiam tomar.

3.7. — Dos cartéis

A instabilidade dos cartéis em uma sociedade livre: já vislumbramos o fato de que o mercado não é constituído tão somente por uma pura competição atomizada e individualizada, mas também por diversas outras formas de interação, das quais destacamos aqui a coordenação. Para entendermos este fenômeno negocial, que caracteriza especialmente o que se tem atualmente pela ilegal prática de cartel, devemos primeiramente verificar se prevalece algo que distinga logicamente um grupo de empresas que promove um acordo de fixação de preços de uma só firma que decida praticar um preço único para seus produtos em todas as suas filiais.

Comparando os dois casos acima, constatamos que na primeira hipótese encontra-se um processo de decisões mais precário do que no segundo, dada a dependência de um número maior de tomadores de decisões. Isto significa que tais acordos, justamente por seu caráter de maior volatilidade, nascem em face de situações extraordinárias e tendem à revogação com a extinção das mesmas causas que lhes deram origem.

São incontáveis as circunstâncias que podem promover a ruptura de tais combinações, como por exemplo, a localização, a disputa por grandes clientes, os criadores de novas tecnologias e de produtos substitutos e o ingresso de concorrentes novatos que não participaram do acordo e que não vêem motivos para dele participar, já que necessitam urgentemente conquistar clientes.

Tal gama de óbices tende a esmaecer a lealdade dos participantes, que

podem optar por praticar descontos ocultamente, o que exigiria, para a permanência do mesmo, a instituição de um custoso sistema de fiscalização.

4. Sobre o problema de juridicidade e abstração da legislação antitruste

4.1.—Da antijuridicidade

É um mundo em que a lei é tão vaga que os homens de negócios não dispõem de nenhum meio de saber se certas ações específicas serão declaradas ilegais até que ouçam o veredicto do juiz – depois do fato.

Allan Greenspan, “Antitrust”(1962)

Basicamente, a tradicional doutrina jurídica informa que a norma impõe ao cidadão uma conduta negativa (deverá abster-se do ato, tal como “matar alguém”) ou positiva (deverá produzir o ato, tal como “votar”), cuja desobediência acarretará em delito caracterizado pelo dolo ou pela culpa. No primeiro caso, decorre da vontade explícita de causar dano ao bem jurídico protegido pelo comando legal ou pela negligência consciente dos seus efeitos, enquanto no segundo provém da ação ou inação decorrente de negligência, imprudência ou imperícia.

Tomemos como ponto de partida o artigo 20 da Lei 8.884/94, com alguns de seus incisos, abaixo reproduzidos:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Isto posto, destaca-se a extravagância da previsão contida no caput do artigo 20 da lei em comento de considerar como infração a conduta independente de culpa, ainda mais se a considerarmos reconhecida universalmente como um *minus* em relação ao ilícito praticado com dolo. Percebe-se como evidente o hiato de juridicidade, repudiável em uma democracia representativa de um estado de direito. Acusar alguém de ter cometido uma infração sem culpa, isto é, mesmo considerando que o agente foi prudente e diligente para que, no possível, a situação prevista em lei não se consumasse, representa um completo *nonsense* legislativo.

Portanto, temos um problema à frente: se a pessoa (física ou jurídica) não agiu com negligência, isto é com culpa – e menos ainda com dolo - então pode mesmo ter agido com diligência, a saber: preveniu-se, anteviu e envidou esforços para evitar, razoavelmente, o que o legislador denomina de “atos de qualquer forma manifestados”, o que nos traz como consequência o rebaixamento destes atos, na verdade, a meras

situações de fato.

Analisemos a expressão “que tenham por objeto ou que possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”, constante do caput. Note-se que o legislador englobou no mesmo enquadramento o agente que agiu com dolo (“que tenham por objeto”), o agente culpado (“ou que possam produzir os seguintes efeitos”) e até mesmo o cidadão comum que não agiu com culpa e menos ainda com dolo (“ainda que não sejam alcançados”).

Bem entendido o alcance do caput do artigo 20, este estipula a possibilidade de que um cidadão seja acusado por uma matéria de fato sobre a qual possivelmente não tomou nem parte nem conhecimento, que não teria a vontade de vê-la acontecer ou até mesmo, se foi suficientemente previdente, envidou esforços para evitá-la!

A desnecessidade de provar os efeitos concretizados de um ilícito qualquer tem sido prevista na lei originalmente com base em uma justificativa lógica, qual seja, a de que o ato delituoso seja objetivamente identificável por si só. Por exemplo, temos a Lei 8112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a qual prevê em seu artigo 117, inciso IX: “ - Ao servidor é proibido:” (...) “ - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”. Com efeito, a conduta infracional é perfeitamente reconhecível quando constatado objetivamente o descumprimento das suas obrigações. A dispensa da concretização do ganho pessoal (a propina) ou de outrem (a facilidade pretendida) visa premiar a eficiência processual, mas frise-se, sem prejuízo da caracterização fechada da transgressão da norma e do direito à legítima defesa e do contraditório garantidos ao servidor público acusado.

Importante frisar que a não concretização dos efeitos muitas vezes se torna um fator atenuante para o delito. Como ilustração, lembremos que para a tentativa de assassinato é prevista uma pena inferior à do homicídio.

Bastante diferente, pois, torna-se enquadrar legalmente um cidadão por conta de uma teoria econômica eivada de altíssimo nível de abstração, que dificilmente pode ser provada empiricamente e que é desafiada pela oposição bem fundamentada de outras escolas econômicas, tal como a austríaca.

O fato de haver uma corrente representativa de ilustres economistas que demonstrem categoricamente que os tais efeitos potenciais não se realizarão, ou, caso ocorram, não surtam os efeitos deletérios à economia tal como os consagradamente apontados, resulta em um arrefecimento da teoria da concorrência perfeita, que a esta altura já não dispõe de bases sólidas em que se amparar.

Tomando por esclarecido que a disposição contida no caput do art. 20, que prevê a desnecessidade de que os efeitos possíveis sejam alcançados, e que os atos “sob qualquer forma manifestados”, na ausência de dolo ou culpa, reduzem-se mais propriamente a meras situações de fato, podemos vislumbrar a patente inconstitucionalidade do artigo, por colidir com a CF/88, no art. 5º, inciso XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) concomitantemente com o inciso LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes).

Com efeito, a nossa Carta Magna estipula que não basta à lei ter existência: o crime precisa ser “definido”, isto é, a conduta do agente precisa ser antijurídica: ou ele

age de forma consciente ou deixa de agir em virtude de cuidados que tinha por dever tomar, o que revelaria, pelo menos, a sua culpabilidade. O objeto da lei demanda concretude, de forma a propiciar ao cidadão a possibilidade de conhecê-lo e cumpri-lo, ou de outra forma não há espaço para o contraditório e a ampla defesa, o que acarreta a incompatibilidade com o que é conhecido como o “espírito da Constituição”, vez que esta não há de admitir que um cidadão venha a ser acusado de ferir “em tese” um bem jurídico.

Raciocínio semelhante encontramos na lavra de Mary Bennett Peterson³¹:

Há um outro problema com a Seção 7 do Clayton Act: o enfraquecimento da tradição legal anglo-americana que sob a regra do *corpus delicti* a prova da infração deva ser clara e concreta, não provável ou hipotética. Mas no mundo do antitruste, uma fusão é potencialmente ilegal quando seus efeitos “podem” substancialmente diminuir a competição ou “tendem” a criar um monopólio.

~~4.2.~~—Do nível de abstração da legislação antitruste

O que pode ser considerado como um “mercado relevante”? Esta expressão, tão concreta quanto a atmosfera andina, merece um mínimo de trato, haja vista que os

31

PETERSON, Mary Bennett. **The regulated consumer**. Auburn: The Ludwig von Mises Institute. P. 66: There is another rub with Section 7 of the Clayton Act: the weakening of the Anglo-American legal tradition that under the rule of *corpus delicti* proof of wrongdoing must be clear and actual, not probable or hypothetical. But in the world of antitrust, a merger is potentially illegal when its effects “may” be substantially to lessen competition or “tend” to create a monopoly.

seus limites são as fronteiras por onde pode a empresa pensar em se expandir. Quanto mais estrito o conceito, mais cuidadosa haverá de ser. Talvez esta pergunta necessite ser destrinchada, para uma análise mais acurada.

Haverá um limite geográfico? Abarcará o mercado local, o regional, o nacional? Os produtos importados contam?

E quanto ao tipo de comércio? Englobará somente o pequeno varejo, ou também incluirá o grande varejo? Os estabelecimentos especializados ou as lojas de departamentos ou supermercados?

E quanto ao tipo de produto? Como classificá-lo? O que dizer dos substitutos? Vinhos e destilados ou mesmo refrigerantes e sucos podem ser alternativas válidas à cerveja a ser consideradas pelos consumidores? A fécula de mandioca, o amido de milho e o milho gelatinizado podem substituir o trigo?

Qual a relevância a que se refere a lei? Se o conceito de mercado já nos oferece dificuldades enormes, como definir o significado de “relevante”? Trata-se de um produto essencial, de alto valor agregado, ou de um mercado de grande montante? Como pode saber de antemão um empresário se o seu produto e o seu público-alvo constituem um mercado relevante, de modo que tenha como evitar cair em infração?

Que significa exercer uma posição dominante? Como pode alguém exercer um domínio em um mercado onde a entrada de novos concorrentes é permitida e no qual as decisões são tomadas em última instância pelos consumidores?

A sociedade humana não se assemelha à das formigas: entre os humanos não existem castas irreparavelmente estabelecidas pelo nascimento. Nada há que obstar o

empresário do ramo rodoviário, por exemplo, a competir no setor aéreo ou ferroviário, ou quiçá, no alimentício ou hoteleiro. Neste caso, importa diferenciarmos o conceito de domínio, equivocadamente tomado do léxico político-militar, como nos ensinou Ludwig von Mises, do de liderança, meritoriamente adquirida por aprovação de uma parcela majoritária de consumidores. Que domínio pode exercer uma dada empresa que eventualmente esteja em tal posição se uma nova concorrente começar a oferecer produtos melhores e mais baratos? Vejamos o que diz Mary Bennet Peterson a este respeito³²:

Quem de fato pôs o ferreiro da vila fora do mercado, ou mais recentemente, o fez com o vendedor de gelo, ou ainda mais recentemente, com o doceiro da esquina? Muitos podem estar inclinados a dizer que estes empreendedores de outra era foram economicamente vencidos pelos gigantes de Detroit, as grandes utilidades (domésticas), Westinghouse e General Electric, as redes de alimentos de A&P, Safeway, Grand Union e outros grandes conglomerados. Eu argumentaria, ao contrário, que o real algoz do vendedor de gelo foi o consumidor – a pessoa que comprou um refrigerador elétrico ou a gás.

Adicionalmente: qual o fundamento econômico que justifique a lei de estabelecer como posição dominante a participação de 20% de um “mercado relevante”? Como chegar ao consenso de que se trata, em verdade, de 15,3% ou 51%?

A teoria da elasticidade, originada também do mesmo modelo de concorrência

32

PETERSON, Mary Bennett. **The regulated consumer**. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2007, P. 24: “Who in fact put the village blacksmith out of business, or, more recently, did in the iceman, or still more recently, the corner grocer? Many may be inclined to say that these entrepreneurs of another era were economically done in by the giants of Detroit, the huge utilities, Westinghouse and General Electric, the food chains of A & P, Safeway, Grand Union, and other corporate octopi. I would argue instead that the real economic executioner of the iceman was the consumer – the person who purchased an electric or gas refrigerator”.

perfeita, segundo a qual se estima o ponto em que os consumidores optam pela desistência em adquirir um determinado produto, incorre no mesmo equívoco da generalização de um mercado onde o subjetivismo, a diversificação e a especialização produzem alterações drásticas e imprevisíveis no comportamento dos consumidores.

Dois refrigerantes podem conter, em gênero, os mesmos elementos químicos; porém, um deles pode pertencer a uma marca que desfruta de maior prestígio, bem como o seu rival pode oferecer nas suas tampinhas uma figurinha dos jogadores da próxima copa do mundo. Estamos falando aqui de elementos completamente subjetivos que podem revelar o sucesso ou o fracasso de um empreendimento. Se fatores como estes pudessem ser antecipados por qualquer um, não haveria ninguém de falar do risco empresarial e a teoria jurídica da falência não teria sentido.

Quanto a esta questão, nos expõe o professor Armentano³³:

Há sérias dificuldades metodológicas quanto à tentativa de medir a competição desta maneira, ou para se inferir qualquer coisa significativa relativa a uma eficiente alocação de recursos. A dificuldade mais séria é que qualquer teste de elasticidade cruzada no tempo inevitavelmente confundiria uma mudança nas vendas devido a uma mudança de preço com uma mudança nas vendas devido a quaisquer outros fatores. Desde que outras coisas nunca são constantes em uma situação verdadeira, jamais haverá alguma garantia que alguma delas, de fato, esteja testificando alguma elasticidade cruzada qualquer que seja.

33

ARMENTANO, Dominick. **Antitrust and monopoly**. Anatomy of a policy failure. 2ª ed. Oakland: The Independent Institute. P. 35/36: There are serious methodological difficulties in attempting to measure competition in this manner, or to infer anything meaningful concerning an efficient allocation of resources. The most serious difficulty is that any cross-elasticity test over time would inevitably confuse a change in sales due to a price change, and a change in sales due to any and all other factors. Since other things are never constant in a actual situation, there is never any guarantee that one is, in fact, testing cross-elasticity at all.

Considerando o fator da delimitação geográfica, percebemos um problema ainda mais sério, qual seja: em um mercado regional, estariam sendo consideradas as características inerentes a todos os concorrentes neste quesito? Em outras palavras, como escolher entre uma empresa que eventualmente detenha uma posição de liderança regional, ou como queira a lei antitruste, “domínio”, e outras empresas que desfrutem de um mercado nacional, e que embora neste não sejam consideradas como detentoras de tal privilegiada posição, ainda assim detenham maior capital e capacidade logística do que a sua competidora regional?

4.3.—Da Inibição da Natureza Empresarial

Face à elevada abstração da lei e à sua tendência de enquadrar mesmo o comportamento não culpado e não-doloso, bem como levando em conta a adoção do critério de julgamento da norma “per se”, podemos concluir, enfim, que ao empresário resta mais seguro refrear o seu próprio ímpeto empresarial, agindo assim de uma forma absolutamente não esperável da natureza do mundo do empreendedorismo.

Não por acaso, foi exatamente como procedeu a empresa General Motorsⁱ entre os anos 1937 até 1956, cuja decisão progressivamente a fez ceder valioso espaço para suas rivais europeias e japonesas durante as décadas de 1970 e 1980. Como amplamente divulgado recentemente pelos meios de comunicação, esta empresa, que já vinha ostentando seus balanços no vermelho há vários anos, foi parcialmente estatizada e mal consegue manter 19,1% do mercado doméstico nos EUA.

Desconhedora das estratégias dos concorrentes e indolente face às demandas

do mercado consumidor, a conduta antiempresarial de sua política de mercado refletiu-se em toda a sua estrutura interna, gerando a consolidação de uma cultura generalizada e não reprimida de descaso com o controle de qualidade, com a gestão de custos e com a inovação tecnológica e de design³⁴:

A General Motors nunca foi processada, mas por causa do temor da companhia pela lei antitruste ela tornou sua política oficial de 1937 a 1956 de nunca deixar a sua participação no mercado ultrapassar 45%, por qualquer razão que fosse. Este medo da perseguição antitruste contribuiu para as dramáticas perdas desta indústria no mercado para as montadoras japonesas e alemãs nas décadas de 70 e 80.

~~4.4.~~ Da tipificação de conduta sob a norma “Per Se”

Agora chega o momento de refletirmos sobre a última pilastra do comando legal em comento: guarda pelo menos alguma potencialidade verdadeira a expressão “possam produzir seus efeitos, ainda que não sejam alcançados”? Aqui chamo a atenção do leitor para a ideologia que emerge a consagrar o dispositivo normativo: quando ela prevê a desnecessidade de que os efeitos sejam alcançados, reconhece de antemão, por via empírica, que jamais em toda a história houve um caso de monopólio de fato que perdurasse no tempo – e que, cumulativamente(!) - prejudicasse o consumidor, fosse pelo estabelecimento de preços majorados ou fosse pela estagnação

34

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press, 2004. P. 153/154: General Motors (GM) was never prosecuted under antitrust laws, but the company so feared prosecution that its official policy from 1937 until 1956 was never to let its market share top 45 percent. To that end, division managers were instructed to make sure that GM cars were not too high quality or too low priced. This fear of prosecution made GM a less competitive company, and it therefore was incapable of effectively competing when Japanese and German automakers began dominating the U.S. auto market in the 1970's.

tecnológica ou ainda, pela restrição à produção. Portanto, o legislador optou por divorciar os atos dos seus efeitos no plano da realidade econômica para prestigiar a teoria do reconhecimento da norma “per se”, mais apta à prática forense, relegando à sarjeta o espírito da norma-da-razão (“rule-of-reason”), a qual conduziria a uma investigação econômica sobre a materialidade dos fatos e dos efeitos. Traduzindo: importa mais ao juiz, frequentemente ignorante em matéria econômica (no que é atendido pelo legislador), confrontar a prática do ato com a hipótese de incidência consubstanciada no texto legal para proceder ao exame do mérito. Assim fica mais fácil o enquadramento, mas principalmente, imuniza-se a alegação da potencialidade dos efeitos contra um exame de veracidade quanto à real probabilidade de ocorrerem.

Já adiantamos no parágrafo anterior sobre a inexistência histórica de algum monopólio “de fato” que tivesse perdurado no tempo e que – eis a razão de ser ou pelo menos o pretexto da ideologia antitruste – dominasse o mercado, a prejudicar o consumidor com produtos em quantidade insuficiente, tecnologia estagnada ou preços “abusivamente” majorados. Um célebre caso foi o da Microsoft, que por quase uma década exerceu uma posição de liderança mundial em matéria de softwares, mas que nunca deixou de ser reconhecida pelo público como a detentora dos melhores produtos, os quais, ao invés de encarecerem, foram se barateando, universalizando e evoluindo. Como hoje sabemos, tão somente em função do desenvolvimento do mercado, atualmente este gigante da computação sofre com a concorrência arrojada do Google, que inclusive, recentemente criou o seu próprio navegador de internet, bem como com o Yahoo e outros mais concorrentes, que sempre permaneceram com o direito intocado de acesso ao mercado, tendo por única “barreira” a competitividade da líder.

Quanto ao problema experimentado pela Microsoft, bem como contra outros cinquenta e quatro casos de empresas que foram indiciadas tão somente por serem mais eficientes, inovadoras e competitivas, sobre a extrema dificuldade de um monopólio de fato vir a se perpetuar hegemonicamente, sentencia Armentano³⁵:

Estabelecer um monopólio em um mercado livre exigiria uma perfeita capacidade de previsão empresarial, tanto no curto quanto no longo prazo, com respeito à demanda dos consumidores, tecnologia, localização, suprimentos e preços, e milhares de outras variáveis incertas; também iria requerer uma definição não ambígua de mercado relevante. Poucas firmas, senão nenhuma, na história econômica, antes ou depois do antitruste, tiveram alguma vez alcançado tal inerrante perfeição, e sozinhas realizaram isto por extensos períodos de tempo. A assim chamada “vida boa” que se reputa gozar pelo monopolista no livre-mercado é, como deveremos descobrir abaixo, parte do folclore da história antitruste.

Também o professor John R. Lott se manifesta nestes termos³⁶:

35

ARMENTANO, Dominick. **Antitrust and monopoly**. Anatomy of a policy failure. Oakland: The Independent Institute 1999, 2.ed. P. 43: “To establish monopoly in a free market would require perfect entrepreneurial foresight, both in short run and the long run, with respect to consumer demand, technology, location, material supplies and prices, and thousands of other uncertain variables; it would also require an unambiguous definition of the relevante market. Few, if any, firms in business history, before or since antitrust, have ever approached such unerring perfection, let alone realized it for extended periods of time. The so-called quiet life that is reputed to be enjoyed by the free-market monopolist is, as we shall discover below, part of the folclore of antitrust history”.

36

LOTT, John R.. **Freedomnomics**. Why the free market works and other half-baked theories don't. Washington: Regnery Publishing, Inc., 2007, p. 22: “Contrary to popular opinion, monopolies are rare and difficult to maintain, and the real few monopoly situations that exist tend to benefit consumers; in some cases, such as with pharmaceutical companies, they literally save lives. What's more, the kind of allegedly nefarious pricing schemes that monopolies employ – such as price discrimination – often increase the availability of products or services and spur innovation”

Contrariamente à opinião popular, os monopólios são raros e difíceis de manter, e as poucas situações reais de monopólios que existem beneficiam os consumidores; em alguns casos, tal como ocorre com as companhias farmacêuticas, eles literalmente salvam vidas. Mas o mais importante, o tipo de esquema de fixação de preços alegadamente iníquo que os monopólios empregam – tal como os preços discriminatórios – frequentemente aumentam a disponibilidade de produtos ou serviços e alavancam a inovação.

Oportunamente, será que todos os participantes estão de acordo com a sua atual respectiva fatia no mercado? A combinação de preços não parece resolver este problema, mas antes, visa somente uniformizar estratégias tendo em vista a redução de alguns custos, bem como antecipar-se a algumas tendências de imprevisão do mercado futuro. O problema da divisão do mercado permanece sem solução, o que pode fazer com que os participantes busquem oferecer vantagens adicionais ou acessórias aos seus clientes como meio de alavancarem a sua competitividade.

Ainda assim, mesmo quando os cartéis vão perdurando no tempo, a coordenação pode resultar em uma fórmula mais eficaz do que a competição no tocante ao atendimento das necessidades dos consumidores, que de outra forma possivelmente haveriam de enfrentar situações mais difíceis, como a falta da oferta de determinado bem.

Até aqui defendemos o cartel contra as acusações que lhe são imputadas, quais sejam, a de existir para a exploração do público consumidor mediante o conluio em diminuir a oferta e/ou fixar os preços. Entretanto, os cartéis também podem exercer funções benéficas ao consumidor.

Murray Rothbard³⁷ tomou como exemplo os cafeicultores brasileiros que ao terem atirado às fomalhas das locomotivas uma significativa parte de seus estoques como medida de restrição da oferta, buscavam a solução para o verdadeiro problema que foi a superprodução ocasionada por conta de informações imprecisas que tinham com relação ao mercado. A certa altura, por mais barato que se cobrasse pelo grão, não havia mais consumo, pois o mercado já estava totalmente satisfeito. A convenção entre os produtores que resultou na queima dos estoques atuais e na diminuição da área plantada com a finalidade de restringir a oferta futura tornou possível o atendimento de diversas outras necessidades ao público consumidor, barateando seus preços, desde que a partir de então os agricultores cujas terras eram menos eficientes para o café estavam cultivando plantações alternativas, como o milho, a soja ou qualquer outra commodity.

5. Conclusão

Nenhum dos representantes mais proeminentes da Escola Austríaca de Economia, i.e., Menger, Mises, Hayek, Rothbard, Hoppe, Armentano ou DiLorenzo, reconhece o chamado “monopólio de fato” a prosperar permanentemente em uma sociedade livre.

Desde que o mercado continue aberto ao ingresso de novos participantes, de

37

ROTHBARD, Murray. **Man, Economy, and State**, p. 569. "The cartel's action, in reducing the production of coffee and causing an increase in the production of rubber, jungle guiding, etc., led to an increase in the power of the productive resources to satisfy consumer desire.

novas tecnologias e de novos bens alternativos, a expectativa de concorrência por partes dos agentes econômicos continua plena e continua em vigência, fato sobejamente comprovado com a magnífica pesquisa histórica promovida por Dominick Armentano.

Todas as situações em que uma determinada empresa exerce permanentemente suas atividades com ânimo de reduzir a produção ou a qualidade dos serviços bem como de majorar seus preços guarda alguma relação de com o poder estatal, de forma oficial ou velada.

Será oficial quando contar com a força da lei para conferir-lhe a primazia ou a exclusividade sobre outros possíveis concorrentes, ou ainda para beneficiar-se de benefícios fiscais, subsídios e empréstimos contratados sob condições diferenciadas do mercado. Será velada quando os agentes públicos, por prevaricação, usarem o poder da máquina estatal para a exação seletiva de tributos e obrigações acessórias ou burocráticas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu contra os regimes particularizados de benefícios concedidos pelos estados a grandes empresas, revogando de forma elogiável e inovadora a prática amplamente disseminada dos governadores de com tais políticas pretenderem gerar emprego e renda. Uma pena que o alvo foi a eliminação da chamada “guerra fiscal”. Mais uma vez, ao cidadão comum restou a condição de “Homem Esquecido”, para fazermos uso do termo inaugurado por Willian Graham Sumner³⁸ (tradução nossa):

38

PETERSON, Mary Bennett. **The regulated consumer**. Auburn: The Ludwig von Mises Institute. P.vii/viii: It is the Forgotten Man who is threatened by every extension of the paternal theory of government. It is he who must work and pay. When, therefore, statesmen

É o Homem Esquecido que é ameaçado em qualquer extensão pela teoria paternalista de governo. É ele que deve trabalhar e pagar. Quando, portanto, os homens de estado e os filósofos sociais sentam-se para pensar sobre o que o Estado pode ou deve fazer, o que eles realmente querem dizer é o que o Homem Esquecido deve fazer.

Todavia, ainda resta um número significativamente grande de privilégios concedidos sob outras modalidades, tais como os monopólios para ônibus coletivos, ferry-boats e embarcações de passageiros, como já ilustramos nas páginas precedentes.

Destarte, no caso específico do estado do Pará, prospera uma situação que revela indícios ou pelo menos a presunção de proteção estatal velada. Referimo-nos ao setor supermercadista. O fato é que há aproximadamente duas décadas as grandes redes nacionais, tais como o grupo Pão de Açúcar, Bompreço e Minibox, abandonaram o mercado, abrindo assim espaço para que as firmas paraenses prosperassem ao ponto de que hoje são as únicas detentoras de alguma participação no mercado, com exceção ao recente ingresso do grupo Makro.

Se este processo de acomodação do mercado resultou tão somente de atos negociais, frisamos, consideramo-no como um desdobramento natural, coerentemente com os fundamentos econômicos aqui já defendidos. Todavia, o mercado regional aparentemente se apresenta bastante aquecido, convidativo o bastante para despertar a atenção de novos grandes empreendedores, até mesmo os internacionais, uma vez que os regionais estão progressivamente abrindo novas filiais.

and social philosophers sit down to think what the State can do or ought to do, they really mean to decide what the Forgotten Man shall do.

Finalmente, o que pretendemos demonstrar é que a atuação estatal se faz necessária para o estabelecimento da ordem pacífica do funcionamento do mercado. Todavia, uma mudança de foco urge no sentido da compreensão de que uma legislação nascida a partir de movimentos corporativistas e protecionistas tem por óbvio resultado o de proteger os concorrentes em detrimento da concorrência, com forçoso prejuízo para a evolução contínua da alocação dos recursos e principalmente, para o cidadão, o consumidor, e que uma guinada na política antitruste por ser altamente benéfica se concentrar seus esforços em investigar as práticas de crimes comuns que tenham por objeto a dominação de mercado (assassinatos, extorsões, sabotagens e espionagem); os conluios entre grupos de interesse particular e entidades estatais; e mesmo os atos formais com natureza de privilégio conferidos a cidadãos específicos, em detrimento de seus concorrentes.

6. Bibliografia

ARMENTANO, Dominick. *Antitrust. The case for repeal*. 2. Ed. Rev. Auburn: Ludwig von Mises Institute. 2007, 111 P.

ARMENTANO, Dominick. **Antitrust and monopoly**. Anatomy of a policy failure. 2ª ed. Oakland: The Independent Institute. 1999, 291 P.

Boletim da 448ª reunião ordinária do Cade. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6cdf2efb150a1ee5301d320f20> (acesso em 26 de setembro de 2011).

BOUDREAUX, J. Donald; DILORENZO, Thomas. **The Protectionist Roots of Antitrust**. The Review of Austrian Economics. Vol.6. No. 2 (1993): 81-96 ISSN 0889-3047.

DILORENZO, Thomas. **How capitalism saved America**. The untold history of our country, from the pilgrims to the present. New York: Three Rivers Press. 2004. 304 P.

GARRETT, Gary. **The American Story**. 2.ed. Auburn: The Ludwig von Mises Institute. 2009. 413 P.

LOTT, John R.. **Freedomnomics**. Why the free market works and other half-baked theories don't. Washington: Regenery Publishing, Inc., 2007, 275 P.

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. Um tratado de economia. Tradução de Donald Steward Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, 998 P.

PETERSON, Mary Bennett. **The regulated consumer**. Auburn: The Ludwig von Mises Institute. 2007, 185 P.

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, 634 P.

ROTHBARD, Murray. **Man, Economy, and State**, Auburn: Ludwig von Mises Institute:
1993, 987 P.

