

JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE

**ECONOMICIZAÇÃO DO
DIREITO CONCORRENCIAL**

QUARTIER LATIN

Em nosso livro, interessa tão somente a transição de um capitalismo liberal para um mais interventivo (muitas vezes denominado monopolista ou misto).

Por capitalismo liberal, podemos mencionar a designação (reducionista, para fins didáticos) da fase econômica vivenciada por alguns países ocidentais, no período que vai do final do século XVIII ao final do século XIX, que estavam envolvidos no processo de industrialização¹⁴.

Como tipo ideal¹⁵, o sistema econômico pode ser descrito, a partir de CLAUDIO NAPOLEONI¹⁶, como o tipo de economia que possui (i) separação entre o trabalho e a propriedade privada dos meios de produção; (ii) propriedade privada dos meios de produção; e (iii) liberdade jurídica e formal.

Do ponto de vista esquemático, historicamente, a fase liberal e concorrencial do capitalismo pode ser mencionada como aquela que possui as seguintes características: (i) existência de um grande número de pequenas empresas, possuindo, os empresários, liberdade absoluta de iniciativa para a obtenção do máximo lucro; (ii) nenhuma delas podendo exercer influência sensível sobre a oferta ou realizar acordos com outras empresas (controle de preços e do mercado), pressupondo a transparência e informação no mercado; (iii) condições de concorrência, fazendo com que os consumidores orientem a produção; e (iv) funcionamento da economia por si, segundo as suas próprias leis, à margem da política¹⁷.

14 Convém ressaltar que os países vivenciaram a industrialização em épocas diferentes e com distintos graus de intensidade. Por exemplo, 1760: Inglaterra; 1800: Bélgica, França, EUA, Suíça, Escócia; 1860: Alemanha, Itália, Suécia, Áustria, Checoslováquia; a partir de 1900, o restante dos países industrializados, cf. Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007, p. 176. Como bem assinala o autor, em seguida, "E será importante observar-se que a industrialização foi em geral acompanhada (precedida ou logo seguida) pelo desmantelamento das fronteiras aduaneiras internas, última reminiscência do feudalismo: em 1776, com a constituição dos Estados Unidos da América; em 1795, na França; em 1800, no Reino Unido; em 1816, na Prússia; em 1824, na Suécia-Noruega; em 1834, constituía-se entre os estados alemães a união aduaneira conhecida por *Zollverein* (a unificação política só se verificaria em 1871); em 1835, na Suíça; nos anos 50, na Rússia e na Áustria-Hungria; em 1861, teve lugar a unificação italiana. Foi nos espaços económicos assim criados que, mercê da adopção de medidas proteccionistas, se foram instalando os *capitalismos nacionais* do séc. XIX" Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, p. 176.

15 Não nos interessará, aqui, o debate sobre as teorias acerca dos sistemas económicos, presente sobretudo na literatura crítico-marxista. Sobre isso, ver Vital Moreira, *A Ordem Jurídica Do Capitalismo* (Coimbra: Centelha, 1978), 17-34 e Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, pp. 60-76.

16 Cláudio NAPOLEONI, *Curso de Economia Política*, 5. ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1997, p. 95.

17 Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, pp. 178-179. Nesse contexto, "A escola clássica da economia política (Adam Smith, Ricardo, Stuart Mill) elaborou um modelo económico destinado a compreender e interpretar a realidade económica vigente nos países da Europa ocidental tal como ela se formou depois da revolução industrial. Os traços fundamentais desse modelo assentam em dois princípios: liberdade de empresa e liberdade de concorrência, reconduzindo-se ambos a uma idéia geral de liberdade individual e do

Essa pouca intervenção econômica, contudo, aconteceu mais nas propostas políticas e nos textos econômicos do que na prática, sobretudo se o assunto for o livre comércio internacional. Nesse sentido, pode-se criticar, interna e externamente, a ideia de Estado liberal no capitalismo concorrencial²¹.

Do ponto de vista interno²², porque o Estado não se absteve de legislar em assuntos trabalhistas (o que foi fundamental para a consolidação das indústrias inglesas, por exemplo). Há exemplos como: (i) ampliação da jornada de trabalho, (ii) fixação de valor máximo do salário e (iii) proibição de sindicato de operários.

Do ponto de vista externo, no sentido de que os Estados levaram adiante suas políticas coloniais para desenvolver suas indústrias, aplicando medidas protecionistas (quando necessárias para desenvolver sua própria indústria – Alemanha e Estados Unidos, por exemplo) ou impondo o livre comércio favorável às suas indústrias (quando já bem desenvolvidas, como na Inglaterra)²³.

Curiosa a situação mencionada acima, pois, se o capitalismo liberal é marcado pela autonomia da vontade jurídica e pela livre iniciativa, o que, do ponto de vista econômico, é representado pela livre fixação dos preços de acordo com as leis de oferta e procura, a determinação (legislação penal) de um valor máximo para o salário demonstra bem como o intervencionismo estatal pode ser muitas vezes condenado apenas quando possui natureza social.

O importante, aqui, é, contudo, registrar que, após algumas décadas de existência e em alguns lugares, os tipos de economia denominados como de capitalismo concorrencial sofreram profunda transformação a partir das últimas décadas do século XIX (nos Estados Unidos e na Europa), sobretudo em função da concentração econômica das empresas (outrora descritas como “pequenas e laboriosas abelhas”).

²¹ No mesmo sentido, “Vale mencionar que o capitalismo jamais contou com um mecanismo de autorregulação: a ideia de que no capitalismo clássico o mercado funcionava como regulador não passa de uma falácia produzida pela imaginação neoclássica”. In: João DAMÁSIO, “Notas Introdutórias ao Capitalismo Monopolista”, *Revista de Economia Política* 1, número 2 1981: 119. Chamando a atenção para o fato de que as ditas relações impessoais do mercado serão politizadas a partir das dificuldades autoregulativas do mercado, sobretudo com a adesão das hostes conservadoras aos movimentos totalitários, ver Luiz Gonzaga de Mello BELLUZZO, *Ensaio sobre o Capitalismo no Século XX*, São Paulo, Campinas: Unesp Unicamp Instituto de Economia, 2004, p. 17.

²² Seguimos de perto, aqui, a crítica interna e externa apresentada em Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, pp. 180-183.

²³ Além dessa exposição de Avelãs Nunes, especificamente sobre a distinção entre a retórica do livre comércio e as efetivas práticas governamentais protecionistas, ver o importante Ha-Joon CHANG, *Maus Samaritanos – O Mito do Livre Comércio e a História Secreta do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Campus, 2008.

AVELÃS NUNES apontará as cinco principais razões para isso, mencionando (i) a concentração decorrente da eficiência de determinados agentes ou a pura concentração entre eles; (ii) o progresso técnico característico da Segunda Revolução Industrial; (iii) as crises cíclicas, que estimularam a cartelização; (iv) a necessidade crescente da utilização de capital financeiro (instituições de centralização de capital); e (v) a própria industrialização tardia em Estados como Alemanha, Japão e EUA)²⁴.

Nesse sentido, as indústrias, no contexto de um capitalismo monopolista, têm seu mercado configurado de forma oligopolista, consolidando uma estrutura produtiva em que “os diferenciais de custos e de taxas de lucro entre os diversos ramos da produção tendem a se perpetuar”, gerando barreiras técnicas e financeiras de entrada²⁵.

Tudo isso faz com que, mais uma vez, o Estado seja chamado a proteger o seu mercado, desta vez a partir de um cenário bem mais complexo, claro. Como sempre, os graus e as formas de intervenção serão variados, e uma parte considerável desse capítulo demonstra isso, ou, ao menos, de como as teorias econômicas descreveram esse processo e de como sugeriram formas para tal. O fato é que houve maior intervenção estatal, o que sempre caracteriza um processo também jurídico.

A pressão por (ou contra a) participação do Estado na virada deste século não será somente na qualidade de regulador, mas também como agente produtor e, sobretudo, como contratante²⁶.

Do final do século XIX e, sobretudo, durante as Grandes Guerras Mundiais do século passado, grande será o trabalho de redefinição do papel do Estado (e as teorizações sobre Estado Intervencionista e de Bem-estar Social), da economia (e as teorizações marxistas, neoclássicas, institucionalistas, nacionalistas, estruturalistas latino-americanas) e do

24 Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, pp. 183-189. Como bem assevera João Damásio, «Notas Introdutórias ao Capitalismo Monopolista», 119: “A transição entre o capitalismo clássico e o capitalismo monopolista não pode ser concebida como harmoniosa e coordenada. Ao contrário, o capital monopolista, ao ampliar a escala de produção, a magnitude dos investimentos e as indivisibilidades técnicas do processo produtivo, confere uma gravitação considerável a cada conglomerado, exacerbando assim as disparidades entre decisões individuais sobre investimentos, podendo levar a severos desequilíbrios em diversas esferas do sistema econômico. Isto torna o sistema capitalista mais vulnerável, aumentando sua inclinação a enveredar por crises cada vez mais profundas e perigosas – o que, por sua vez, contribui para aumentar a tendência à concentração, via absorção de capitais não monopolistas insolventes”. Sobre o processo essas características da concentração econômica, ver, ainda, Fábio NUSDEO, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 146-151 e 273-280.

25 José Carlos de Souza BRAGA e Frederico MAZZUCHELLI, “Notas Introdutórias ao Capitalismo Monopolista”, *Revista de Economia Política* 1, número 2 1981: 59.

26 Cf. Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, p. 56.

direito (além de normas interventivas, com o surgimento de teorizações como a do direito econômico, do direito contra a concorrência desleal e os cartéis, dos direitos sociais e trabalhistas e de proteção ao consumidor).

Nos próximos subcapítulos, serão abordados alguns fatos econômicos e jurídicos e, sobretudo, sua repercussão na teorização da Ciência Econômica, em virtude de sua importância para o debate sobre o papel dessa Ciência Econômica como doadora de sentido para a construção de normas jurídicas (processo legislativo e aplicação dos textos).

II.2. AS DISCUSSÕES SOBRE A ECONOMIA NACIONAL E A ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ

Ainda que os parágrafos anteriores tenham preparado o debate para a participação do Estado na intervenção econômica, no contexto das últimas décadas do século XIX, algumas considerações sobre a industrialização tardia na Alemanha e a escola histórica na Alemanha serão relevantes para contextualizar o debate *antitrust* nos Estados Unidos da América.

A escola histórica alemã pode ser considerada como uma versão específica de um vasto movimento cultural alemão (última parte do século XVIII e começo do XIX)²⁷ que se fez presente em vários domínios (filosofia, direito, arte, economia, história, ciência, filologia) e que combatia o racionalismo moderno-iluminista e sua a-histórica autonomia construtiva²⁸.

No pensamento econômico alemão, a escola histórica foi desenvolvida por WILHELM ROSCHER, sendo denominada, posteriormente, como escola histórica antiga e que incluía BRUNO HILDEBRAND e KARL KNIES. Depois, surgiu a escola histórica nova, capitaneada por GUSTAV SCHMOLLER (1838-1917)²⁹.

27 Com detalhes, ver Peter KOSLOWSKI, "A Philosophy of the Historical School: Erich Rothacker's Theory of the Geisteswissenschaften (Human Sciences)", in *Methodology of the Social Sciences, Ethics, and Economics in the Newer Historical School: From Max Weber and Rickert to Sombart and Rothacker (Ethical Economy)*, Berlin e outras: Springer, 1997, pp. 511-514.

28 Cf. Antônio Castanheira NEVES, "Escola Histórica do Direito", in *Digesta, vol. 2*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 203. Sobre as características da escola histórica jurídica, ver Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 2.ª ed. (Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993), 397-491 e WALTER WILHELM, *La Metodología Jurídica en el Siglo XIX*, Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1980, pp. 15-62.. ANTÓNIO HESPAÑHA, ao comentar a Escola Histórica no Direito, assevera que a inexistência de um Estado que constituísse uma unidade e identidade motivou os autores afeitos à Escola Histórica a buscar essa identidade nas formas tradicionais e espontâneas de organização política, sendo o passado uma referência e um ponto de apoio para projetos jurídico-políticos voltados ao presente e ao futuro. Ver António Manuel HESPAÑHA, *Panorama da história da cultura jurídica europeia*, Lisboa: Europa-América, 1998, p. 181.

29 Questionando a homogeneização dos construtos dos autores, bem a existência de uma uniformidade da produção alemã em torno do método histórico, assim como em torno do método

Em 1843, ROSCHER (em seu Esboço de Palestras sobre Economia Política Segundo o Método Histórico) defendia que a Economia Clássica seria inadequada para a explicação e aplicação na Alemanha de seu tempo, em virtude das suas características específicas, notadamente a ausência de uma industrialização desenvolvida. Daí a teorização de que as teorias econômicas deveriam levar em conta os estágios de desenvolvimento de cada nação, de forma a se adaptar às suas necessidades e interesses³⁰.

Os autores da primeira escola histórica partilhavam da ideia de que haveria uma evolução das economias das nações, marcadas por estágios, o que permitira aos estudiosos distinguir entre esses vários estágios de seu desenvolvimento.

Nesse sentido, em FRIEDRICH LIST teremos a análise baseada na *atividade dominante* em cada estágio da evolução, a saber: pastorícia; de agricultura; de agricultura e indústria; e, posteriormente, de agricultura, indústria e comércio. Em BRUNO HILDEBRANDT, os cortes serão definidos a partir dos *instrumentos de troca* utilizados (troca direta, monetária e, posteriormente, creditícia). Em KARL BÜCHER, o critério será o do *âmbito territorial*, a saber: *doméstico, urbano* e, por último, *nacional*, no que foi acrescentado pelo âmbito internacional, por GUSTAV SCHMOLLER³¹.

Um dado interessante é que, ao contrário do que fizera SAVIGNY, que justificou seu aporte histórico na pesquisa de textos normativos (romanos, “bárbaros”, alemães) que revelassem o espírito do povo em meio a princípios imanentes (ao contrário da defesa de uma racionalidade legisladora, sempre mais revolucionária e, possivelmente, liberal), ROSCHER, por sua vez, supôs a existência de leis econômicas básicas que poderiam ser inferidas do estudo de dados históricos concretos³². Se a busca por um *Volksgeist* não é tarefa fácil, por

marginalista na Áustria, ver Keith TRIBE, *Strategies of Economic Order: German Economic discourse, 1750-1950*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 66 e ss.

30 Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, p. 209., chamará a atenção para certa semelhança com as obras de alguns clássicos ingleses, como Smith e Mill, que também mesclavam material empírico e histórico com argumentos teóricos. A primeira fase da escola histórica “sought to establish the need for historical interpretation of economic data as counterweight to what they considered the oversimplification and distortions of the Manchesterites. During this period historicism was essentially an academic critique of classical economic doctrines. Historicians did not challenge the basic core of classical economic doctrine. What they rejected was the inflexible and absolutist application of certain ideas of classical economics. They claimed that this ‘absolutizing’ of economic theory had little to do with reality, and they emphasized the need to see the historical ‘imbeddedness’ of economic activity”, cf. David J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 84.

31 Essa descrição aparece (e com maiores detalhes), ainda que mais preocupado em contrapô-la ao materialismo histórico, em Antonio J. Avelãs NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, pp. 61-62.

32 Cf. Keith TRIBE, *Strategies of Economic Order: German Economic discourse, 1750-1950*, p. 69.

ser francamente idealizada, a busca de leis básicas de caráter empírico também não facilitaria muito.

Foi com G. SCHMOLLER, porém, que a escola histórica ganhou mais notoriedade, sobretudo em virtude da "Disputa do Método" (*Methodenstreit*) travada entre ele e o austríaco CARL MENGER (introdutor da utilidade marginal e do individualismo metodológico na Áustria)³³.

SCHMOLLER defendia um método indutivo de pesquisa econômica, cujo âmbito não estava restrito a trocas econômicas, englobando, ainda, preocupações com a evolução das diversas economias, com as transformações econômicas e institucionais de cada sociedade. Esse tipo de abordagem, ampla e própria de saberes, que se tornarão, posteriormente, apartados, não combinará com o pensamento neoclássico emergente nessa época³⁴. SCHMOLLER, certamente, estava mais concentrado em questões como a industrialização tardia da Alemanha, a urbanização e possíveis reformas sociais, cultuando, por outro lado, uma desconfiança para com as grandes generalizações teóricas. Esse tipo de abordagem, ampla e reformista, influenciará muitos estudantes norte-americanos que realizaram doutoramentos com os mais ilustres representantes do movimento, conforme veremos adiante.

Foi nesse contexto da Alemanha da segunda metade do século XIX que se pode alegar a existência de um projeto intelectual que buscou conciliar direito e economia (economia nacional), ou seja, todo direito é produto das circunstâncias, sendo imprescindível, para compreendê-lo, analisar as respectivas condições de sua criação³⁵.

33 A obra que inaugurou o debate foi: Carl MENGER, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Oekonomie insbesondere*, Facsimile (1883), Elibron Classics, 2005. Sobre o debate dos métodos (*Methodenstreit*), após a obra de Carl Menger que acirrou os ânimos entre os estudiosos de economia alemães e austríacos, ver Friedrich A. HAYEK, "Introdução", in *Princípios de Economia Política*, por Carl Menger, 2. ed., Os Economistas, São Paulo: Nova Cultural, 1987, pp. 221-226; M. ALTER, "Carl Menger and 'Homo Oeconomicus': Some Thoughts on Austrian Theory and Methodology", *Journal of economic issues* 16, n.º. 1 1982, pp. 149-160; Keith TRIBE, *Strategies of Economic Order: German Economic discourse, 1750-1950*, pp. 66-94.

34 Feijó resumirá em dois principais aspectos: "1) A crença de que os fenômenos econômicos não estão dissociados dos demais aspectos sociais que condicionam a conduta humana. 2) Os fatos históricos podem se reproduzir em outro momento porque a realidade histórica não é composta por um conjunto caótico de elementos; mas pelo contrário, ela se apresenta de modo previamente estruturado. As ocorrências históricas, entretanto, somente se repetem em contextos geográficos e temporais muito próximos entre si. Sendo assim, não é possível a explicação de recorrências com base nas leis da teoria abstrata; elas podem apenas ser identificadas por meio de estudos monográficos de onde se poderiam extrair leis empíricas de alcance limitado" Ricardo FEIJÓ, *Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Hayek*, São Paulo: Nobel, 2000, p. 16.

35 Cf. Sibylle HOFER, "Jurisprudence, History, National Economics after 1850", in *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism*, por Peter Koslowski, Berlin: Springer-Verlag, 2000, pp. 17-44. Interessante esse estudo de Hofer sobre juristas (Otto von Gierke entre eles) de direito privado que foram influenciados por

Ainda que a apresentação da escola histórica tenha sido bem esquemática e resumida, sua importância no presente trabalho é apenas para ilustrar a sua influência na construção do debate norte-americano e, posteriormente, como pauta de importantes disputas metodológicas, primeiro entre G. v. SCHMOLLER e CARL MENGGER (escola histórica alemã e indutiva *versus* escola marginalista e dedutiva) e, depois, entre a escola histórica *versus* o ordoliberalismo de WALTER EUCKEN.

II.3. O PRIMEIRO GRANDE MOVIMENTO DE *LAW AND ECONOMICS* NOS EUA

No final do século XIX, o pensamento econômico norte-americano desenvolveu-se rapidamente, restando, contudo, na literatura, a controvérsia sobre o grau de influência advinda da Europa. Nesse desenvolvimento, porém, é inegável que algumas questões de ordem prática desafiavam os intelectuais juristas e economistas, bem como políticos – sobretudo a questão tarifária e o conflito entre interesses protecionistas de industriais locais (a defender altos impostos de importação) e os agricultores (preocupados com os custos dos manufaturados)³⁶.

Além da preocupação com as tarifas sobre o comércio internacional e com a moeda, o controle dos negócios torna-se fator de grande preocupação no debate norte-americano, principalmente tendo em vista a concentração econômica decorrente do crescimento das ferrovias.

O grau de concentração e o tamanho das empresas que controlavam as ferrovias distorciam de várias formas o que se esperava de um modelo tradicional ou teórico de concorrência perfeita, ou seja, o poder econômico de empresas desse tamanho neutralizava o que se imaginava do fenômeno concorrencial. De um lado, a população questionará os preços altos e as discriminações; de outro, os defensores dos trustes alegarão que a concorrência em um mercado como esse seria nociva³⁷.

A regulação da atividade econômica, a proteção da sociedade como um todo e do consumidor em especial, bem como outras questões como redistri-

discussão sobre Economia Nacional, ou seja, juristas influenciados pelo debate da Escola Histórica na Economia, e não somente pelo debate jurídico alemão.

36 Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, pp. 223-224. Mais adiante, o autor assinala: "Na década de 1890, porém, ficara claro que não havia a menor possibilidade de as tarifas protecionistas serem retiradas, e a questão mereceu menos atenção que o dinheiro e o controle dos negócios" Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, p. 224.

37 Cf. Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, pp. 224-225.

buição de riqueza, estavam na pauta do debate norte-americano, seja ele político (eleições), seja acadêmico político (juristas e economistas, o que nos interessa aqui).

Nesse subcapítulo, analisaremos as construções de ideias decorrentes desse período e que marcarão o debate do direito antitruste até hoje. Nesse sentido, as primeiras e muito interessantes discussões envolviam justamente uma abordagem teórica que era jurídica e econômica ao mesmo tempo.

Com o título de Primeiro Grande Movimento de *Law and Economics*, HERBERT HOVENKAMP estudou um grande grupo de pesquisas que abordaram, no final do século XIX, vários temas jurídicos e econômicos. Esses autores não estavam tão comprometidos em erguer fortes fronteiras entre os estudos de economia (política), direito e ciências sociais. Assim como no caso do atual *law and economics* (1970-1980)³⁸, o primeiro movimento também teve estudos voltados, inicialmente, a assuntos de regulação de certas atividades econômicas (preocupação com o transporte ferroviário, notadamente) e, após, de forma mais ampla, a restrições comerciais, direito do trabalho, direito penal, propriedade e contratos³⁹.

Como o autor chama atenção, a ideologia (e, veremos, a metodologia) entre os dois movimentos difere em alto grau. O primeiro movimento, ligado a uma reação ao neoclassicismo que se formava, estava preocupado em manter-se em uma tradição mais próxima à da economia clássica e ocupado em estudar a relação entre o direito e a distribuição de riquezas na sociedade americana. O atual movimento, por seu turno, foi fortemente influenciado pelo ambiente neoclássico revitalizado, após a revolução keynesiana, com um viés nitidamente anti intervencionista e a favor do mercado⁴⁰.

Por último, convém mencionar que o segundo movimento de *law and economics* contou com uma base teórica (neoclássica) muito mais desenvolvida⁴¹ e envolta em maiores consensos do que o primeiro movimento, que ora tinha que lidar com as bases teóricas de uma economia clássica, que tampouco

38 Pode-se afirmar a existência de várias formas de *law and economics*, sejam as abordagens históricas e clássicas, sejam as atuais. Em geral, a referência hodierna ao termo indica ou abordagem "pura" da Escola de Chicago ou a mescla de abordagens de Chicago e Nova Economia Institucional (muitas vezes com acréscimos de algumas abordagens típicas daquelas Pós-Chicago, como a Teoria dos Jogos). Mais adiante essas perspectivas serão tratadas com mais detalhe.

39 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", *Stanford Law Review* 1990: p. 994.

40 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", pp. 994-995. "As a result, any comparative study of the impact of the two movements must consider the influence of the first on Progressive era legislation rather than on common law Rules". Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 995.

41 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 996.

desenvolvera todos os detalhes que afligiam uma sociedade que vivia as mudanças para um capitalismo monopolista, ora com as bases teóricas da escola histórica alemã, ora com o pensamento neoclássico ainda não bem desenvolvido.

Em nosso estudo, mais do que afirmar, a partir de HOVENKAMP, que houve uma espécie de *law and economics* anterior, o que seria mera curiosidade, convém analisar certos aspectos do debate sobre regulação e intervenção da economia. É justamente na formação das ciências e do surgimento dos problemas que as transformam que se encontram os mais profundos debates, que depois passaram a ser incorporados e repassados de forma menos problemática e, por vezes, menos rica.

Alguns pontos interessantes seriam: (i) do debate entre método analítico neoclássico, que ainda estava se fortalecendo, e o método histórico para a análise da regulação econômica; (ii) e, após, o uso da utilidade marginal progressista, em um contexto de bem-estar material (*material welfare*), a ser implementado a partir de reformas legais na tributação (progressiva) e em leis trabalhistas. A discussão em torno dessas pautas e a sua refutação conservadora moldaram o debate norte-americano.

Para bem situar o debate, que tão fortemente marcou o movimento *anti-trust* americano, convém apontar, ainda que de forma superficial, seu contexto no pensamento econômico, sobretudo em torno do cálculo da *utilidade marginal*, desenvolvida na denominada revolução marginalista.

As duas últimas décadas do século XIX marcam uma maior especialização, profissionalização e dedicação integral dos estudos econômicos, o que contrasta com o período anterior, marcado pela produção mais abrangente de filósofos morais e intelectuais da Economia Política Clássica inglesa e francesa⁴².

42 "Isso, sobretudo na Inglaterra e nos EUA, pois na Alemanha começara antes, com os estudos da Cameralwissenschaft - Ciência da Administração Econômica e em universidades como a Humboldt em Berlim, fundada em 1849. As publicações alemãs dedicadas à economia surgem já na metade do século XIX." Cf. Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, p. 201. Sobre o Cameralismo e a Ciência do Governo, com detalhes, ver Keith TRIBE, *Strategies of Economic Order: German Economic discourse, 1750-1950*, pp. 8-31. Ainda, como ressaltado por José Carlos de Souza BRAGA, "Alemanha: império, barbárie e capitalismo avançado", in *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*, por José Luís Fiori, 3. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1999, pp. 194-195.: "Esse processo baseava-se na teoria e na prática do Cameralismo, que, por sua vez, antecedeu a ideia de 'Economia Nacional' (List, 1986), dominante entre os alemães no século XIX. Os Cameralistas desenvolveram, entre os fins do século XVI e o final do século XVIII, uma 'concepção administrativa' do Estado: fusão articulada da ciência da administração, da economia, das técnicas agrária e manufatureira, buscando transformar-se numa nova ciência do Estado. O Cameralismo fez na Alemanha a transição da 'arte de governar' para a 'ciência do Estado' compatível com o Estado total (*Gesamtstaat*). Dessa forma, inicia-se a ação centralizante e racionalizadora do Estado prussiano, por meio do seu aparelhamento institucional, que tem, em 1723, um momento relevante, com a criação, por Frederico Guilherme I, do General-Direktorium, órgão central que fundia diversas atividades estatais".

Acima, abordou-se o contexto teórico da escola histórica alemã e sua refutação a uma metodologia generalizante das leis da economia sem a devida atenção às condições históricas de cada nação em seu processo evolutivo. Pois bem, após estudos isolados, que não obtiveram maior repercussão, três autores conseguiram desenvolver, isoladamente e sem conhecimento de outros, anteriores, uma melhor explicação para uma teoria do valor na Economia, baseada na utilidade subjetiva⁴³, que tinha sido refutada como determinante na explicação do valor dos bens, pelos economistas clássicos desde A. SMITH, e na utilidade marginal decrescente⁴⁴.

Os autores foram: CARL Menger (1840-1921) na Áustria, WILLIAM STANLEY JEVONS (1835-1882) na Inglaterra e LEON WALRAS (1834-1910) na França. Costuma-se denominar esse conjunto de estudos como “revolução subjetivo-marginalista”, muito embora eles partissem de tradições e pressupostos teóricos bem distintos⁴⁵.

Basicamente, a partir desses três autores, haverá a construção de uma linha de pensamento que reformula a teoria do valor clássica, em sua maioria, ligada à teoria do valor trabalho, ou seja, dos custos de produção (DAVID RICARDO e KARL MARX, sobretudo).

43 “[...] Sabemos entretanto que a teoria do valor subjetivo já possuía na época uma longa tradição desde os tempos remotos de Aristóteles e que tinha sido ostensivamente articulada na explicação do valor econômico muitas décadas antes pelo alemão Hermann Gossen, inteiramente desconhecido no período da ‘revolução’. Mas havia, mesmo na Inglaterra, autores como Lloyd, Senior, Jennings e Whately que já faziam críticas à teoria do valor-trabalho e propunham a teoria da utilidade na explicação dos preços. Os franceses foram além, pois Jules Dupuit não só lançou a idéia de utilidade como buscou articulá-la teoricamente na explicação dos preços, enquanto os ingleses haviam ficado só na exposição de princípios. É verdade que a teoria de Dupuit era totalmente errada por confundir utilidade marginal com preços, sem perceber que ela assumia implicitamente a hipótese de que toda a variação da renda deveria refletir um incremento igual na utilidade. Uma teoria dos preços consistente com base no uso da noção de utilidade e na ideia do cálculo marginal, de fato, aparece pela primeira vez em Jevons e Walras”. In: Ricardo FEIJÓ, *Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Hayek*, p. 29. No mesmo sentido, sobre a influência aristotélica, Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, p. 210.

44 Curioso notar que David Ricardo utilizou um raciocínio típico de utilidade marginal decrescente ao determinar a renda sobre a terra, que seria determinada pelo valor pago pela última terra produzida, menos fértil, o que justificaria sua defesa pela revogação das leis protecionistas a favor dos proprietários de terra, sob pena de tendência de diminuição dos lucros dos capitais investidos em todas as atividades. Cf. David RICARDO, *Princípios de Economia Política e de Tributação*, 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 73-92.

45 Essa distinção é bem comentada na literatura sobre o tema. Aliás, até mesmo entre os autores da escola austríaca, posteriores a Menger, há distintas influências teóricas e filosóficas (Menger, Böhm-Bawerk, L. Mises e F. A. Hayek). Nesse sentido, ver Ricardo FEIJÓ, *Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Hayek*, pp. 51-55. Em detalhes, ver M. ALTER, “Carl Menger and ‘Homo Oeconomicus’: Some Thoughts on Austrian Economics”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 10, n. 2, p. 160.

Com os marginalistas, há uma melhor articulação entre (i) *teoria do valor subjetivo* e (ii) *utilidade marginal decrescente*⁴⁶. Do ponto de vista do valor econômico realizados pelo agente, ou seja, busca-se uma avaliação dos graus de valoração que um agente realiza para adquirir um bem. Do ponto de vista da utilidade marginal decrescente, tem-se, aqui, a principal contribuição desses pensadores, já que por meio dela buscou-se superar o velho paradoxo da água (tão útil quanto barata) e do ouro (menos útil, porém mais valioso) e procurou explicar o comportamento econômico da demanda⁴⁷.

O valor, determinado pela utilidade marginal, define-se como sendo o valor obtido pela unidade adicional de um bem, o que permite não definir objetivamente o valor de um bem, mas explicar o comportamento do adquirente entre adquirir ou não uma unidade adicional de uma determinada mercadoria.

Em CARL MENGER, haverá a explicação desse juízo econômico; em JEVONS, por seu turno, haverá uma articulação entre o juízo de escolha e o preço.

Iniciando por MENGER, ele assevera:

“Conclui-se, pois, que o valor não é algo inerente aos próprios bens; não é uma propriedade dos mesmos e muito menos uma coisa independente, subsistente por si mesma. O valor é um juízo que as pessoas envolvidas em atividades econômicas fazem sobre a importância dos bens de que dispõem para a conservação de sua vida e de seu bem-estar; portanto, só existe na consciência das pessoas em questão.”⁴⁸

46 Os três primeiros autores não mencionavam as expressões que acabaram tomando-se consagradas, como escassez (e utilidade marginal). Sobre essa última expressão, quem a formulou foi o discípulo de Menger, Friedrich von Wieser (Grenznutzen). Ver: Friedrich A. HAYEK, “Introdução”, p. 218. Ver, ainda, Friedrich von WIEASER, *Social Economics*, New York: Adelphi Company, 1927, pp. 85 e ss.

47 Ricardo, ao apresentar a distinção entre valor de uso e valor de troca, já presente em Smith, comenta o paradoxo dos valores do ouro e da água, declarando: “Portanto, a utilidade não serve de medida de valor de troca, embora lhe seja absolutamente essencial.”. Ver David RICARDO, *Princípios de Economia Política e de Tributação*, pp. 31-32.

48 Carl MENGER, *Princípios de Economia Política*, 2. ed., Os Economistas, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 287. E, ainda: “Para que uma coisa se transforme em um bem, ou, em outros termos, para que uma coisa adquira a qualidade de bem, requer-se, portanto, a convergência dos quatro pressupostos seguintes:

1º A existência de uma necessidade humana.

2º Que a coisa possua qualidades tais que a tornam apta a ser colocada em nexos causal com a satisfação da referida necessidade.

3º O reconhecimento, por parte do homem, desse nexos causal entre a referida coisa e a satisfação da respectiva necessidade.

4º O homem poder dispor dessa coisa, de modo a poder utilizá-la efetivamente para satisfazer à referida necessidade” Carl MENGER, *Princípios de Economia Política*, p. 244.

Nesse ponto, a inovação em Menger é articular o argumento do decréscimo marginal da utilidade de um bem, ou seja, articular a escassez, com a necessidade humana a partir das variações mínimas.

A construção do raciocínio foi estabelecida por meio de uma tabela em que se apresentam escalas de preferências de uma pessoa por 10 (dez) produtos. Assim, seria possível estabelecer juízos de preferência entre esses produtos, classificando-os do mais importante para o atendimento das necessidades de uma pessoa até o menos importante (de 10 [dez] a 0 [zero], respectivamente, no exemplo do autor). Com essa simples tabela, Menger desenvolve a ideia de que é possível explicar a lógica de preferência (baseada na utilidade) de uma pessoa ao realizar trocas e, ao mesmo tempo, de que a lógica de consumo de uma pessoa está relacionada a pequenos decréscimos, de acordo com o acréscimo de mais uma unidade do produto⁴⁹.

	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X
1ª Unidade	10	9	8	7	6	5	4	3	2	1
2ª Unidade	9	8	7	6	5	4	3	2	1	0
3ª Unidade	8	7	6	5	4	3	2	1	0	
4ª Unidade	7	6	5	4	3	2	1	0		
5ª Unidade	6	5	4	3	2	1	0			
6ª Unidade	5	4	3	2	1	0				
7ª Unidade	4	3	2	1	0					
8ª Unidade	3	2	1	0						
9ª Unidade	2	1	0							
10ª Unidade	1	0								
11ª Unidade	0									

Figura 2.1. Fonte: tabela feita pelo Autor.

Nesse sentido, o que sofre o decréscimo não é a utilidade total das unidades adquiridas, mas a sua utilidade marginal, ou seja, cada unidade adicional valerá menos que a anterior.

Para exemplificar, para um consumidor que esteja com fome, a primeira unidade de um alimento (segundo Menger) possui uma utilidade enorme, mas que decrescerá com a aquisição das demais unidades, o que permitirá que se opte pela troca. Essa utilidade vai decrescendo. A quinta unidade de pão já representará uma utilidade inferior à primeira (6 [seis] e 10 [dez], respectivamente). Pela mesma utilidade, talvez interessará ao consumidor obter a primeira unidade do produto V (fumo, no exemplo de Menger).

49 Carl Menger, *Princípios de Economia Política*, p. 291.

Em JEVONS, a partir de outra base teórica (hedonista, influenciado por J. BENTHAM), a utilidade marginal decrescente será articulada com o preço, o que explicaria as trocas realizadas entre duas pessoas (e dois produtos).

Como a utilidade é uma função da quantidade [$UT = f(Q)$], se existirem duas mercadorias (x e y), e se só se poder adquirir quantidades adicionais de uma delas caso se deixe de adquirir quantidades adicionais da outra, será possível comparar as utilidades marginais entre elas e os preços entre elas.

UM_x/UM_y e P_x/P_y .

Se $UM_x/UM_y > P_x/P_y$, o indivíduo pode trocar y por x .

Em JEVONS, os dois indivíduos comprariam até igualar:

$UM_x/P_x = UM_y/P_y$

Em outras palavras:

Enquanto UM_x/P_x for $> UM_y/P_y$, o agente venderá y para comprar x , perdendo, assim, menos utilidade ao desistir de um real de y do que a utilidade obtida com mais real de x . Porém, à medida que a utilidade marginal de x diminui com o acréscimo de unidades, a de y aumentará.

Até se igualar: $UM_x/P_x = UM_y/P_y$. Nessa situação, não se pode obter nenhum ganho adicional.

A contribuição de JEVONS, na verdade, foi articular o raciocínio do valor utilidade matematicamente e distinguir utilidade total e marginal⁵⁰.

Ainda assim, pode-se dizer que a utilidade marginal, mesmo tendo sido divulgada em 1871, só influenciará o debate norte-americano após a década de 1920⁵¹.

Com isso, retornando ao debate em torno do Primeiro *law and economics*, o primeiro ponto que despertou a atenção foi o amplo debate em torno da melhor opção metodológica para discutir os problemas de mercado, a evolução das indústrias e a necessidade ou não (e quando) de regulação econômica.

50 Exposição extraída de E. K. HUNT, *História do Pensamento Econômico: Uma perspectiva Crítica*, 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, [s.d.], pp. 240-241. Conclui o autor: "Jevons procurou mostrar como a utilidade marginal determinava os preços, e, ao fazê-lo, tentou mostrar como dois "agentes de troca" poderiam chegar a preços de equilíbrio de duas mercadorias. O problema teórico, tal como ele o definiu, não levava a qualquer solução determinada, cabendo a outros economistas neoclássicos demonstrar como a teoria da utilidade marginal poderia tornar-se uma teoria dos preços. Jevons apenas demonstrou o que os consumidores faziam em suas trocas, uma vez conhecidos os preços, para maximizar suas utilidades individuais" E. K. HUNT, *História do Pensamento Econômico: Uma perspectiva Crítica*, p. 241.

51 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 995.

Como visto, se a primeira geração de estudiosos norte-americanos que tratavam de temas econômicos e jurídicos estava mais próxima, em termos de escopo, do pensamento clássico inglês, do que com o neoclássico, em termos metodológicos, vários autores do movimento passam a trabalhar em um contexto típico da escola histórica alemã, já que buscavam compreender a sua época e como a economia política poderia ser regulada.

HENRY CARTER ADAMS, um dos precursores desses estudos, declarou em seu artigo "Economics and Jurisprudence", em 1886⁵², que o método da escola histórica alemã seria mais adequado para estudar as questões legais dos EUA do que o pensamento neoclássico inglês, o que acabou desenvolvendo as primeiras etapas de um debate metodológico, agora norte-americano, entre um viés histórico e indutivo e outro analítico. Justamente desse debate é que surge o Primeiro Movimento de *law and economics*⁵³. Preocupava, nesse autor, a distinção entre livre concorrência e *laissez-faire*. No primeiro caso – a livre concorrência, que ele aceitava e que encontrava na economia política clássica uma tradicional elaboração, teria como condições legais a favorecerem-na, a propriedade da terra, o trabalho, o capital e a liberdade contratual. Por outro lado, o dogma do *laissez-faire* representaria uma aceitação acrítica de que a livre concorrência poderia ser mantida sem o exercício de soberania estatal⁵⁴.

52 Cf. Henry Carter ADAMS, "Economics and Jurisprudence", *Science*, 1886, pp. 15-19. "Henry Carter Adams, another member of the new school, followed Seligman with one of the earliest American 'law and economics' pieces" in: Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", *Texas Law Review*, 1989, p. 111. O mesmo havia sido afirmado, alias, por outro precursor do movimento, Charles Francis Adams, ainda antes (1876), ao escrever seu ataque ao neoclassicismo britânico, "que tentava generalizar para todas as indústrias um pequeno número de leis invariáveis. Para o autor, as estradas de ferro seriam um bom exemplo para ilustrar que a teoria do preço dos neoclássicos não seria aplicável de forma igual para todas as situações. Ele acreditava que o método da Escola Histórica alemã seria mais efetivo do que o neoclassicismo inglês" Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 997. "Despite the divided support for the historical approach, it dominated industrial organization theory for several decades. 38 The Harvard Economics Department, one of the finest in the country during the first two decades of the twentieth century, was heavily committed to the historical case-study method" in: Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", pp. 112-113.

53 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 997.

54 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 998. Em seguida: "The appropriate role of the active state occupies most of the remainder of Adams's essay. Efficient industrial development demands an active state, Adams argued, because the optimal amount of competition is by no means constant from one industry to the next; and private firms cannot be trusted to settle on the optimal amount themselves. In labor, unrestrained competition appeared to drive wages to subsistence levels, and even unionization seemed not to alleviate the problem. Other markets tended naturally toward monopoly. Furthermore, the active government could realize the benefits of monopoly for society. The economically sophisticated state would recognize that in some industries, monopoly is clearly more efficient than competition. By state regulation, the benefits of monopoly could be conferred upon society rather than the monopoly business firms themselves" Hovenkamp, «The First Great Law & Economics Movement», 998-999.

Depois de defender e descrever o uso da escola histórica alemã, inclusive mencionando a sua perspectiva jurídica (em FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY), ADAMS comenta a estreita relação entre o estudo de economia e direito⁵⁵ e a importância de refletir sobre o excesso de liberdade (sobretudo das indústrias) e a necessidade de se utilizar o sistema jurídico americano/inglês para ajustar essa liberdade às preocupações sociais e atender aos fins da industrialização⁵⁶.

O segundo ponto interessante nos debates desse período é de como se deu a recepção da **utilidade marginal** na elaboração de uma teoria material de bem-estar⁵⁷.

Como foi afirmado acima, a falsa impressão da fácil unanimidade, no debate hodierno, em torno da sequência (i) adoção da utilidade marginal, (ii) bem-estar do consumidor como eficiência alocativa, que decorreria da (iii) eficiência produtiva, eclipsou justamente outras possibilidades de abordagem da utilidade marginal, que não a baseada apenas na pretensa neutralidade de seus fundamentos. Explica-se.

Quando a utilidade marginal, já abordada acima, passa a dominar o debate inglês e norte-americano, agora indo além do cálculo marginal da demanda, mas avançando na teoria do custo marginal e da receita marginal, alguns autores, preocupados com as questões políticas de sua época, desenvolveram a ideia de que a utilidade marginal poderia ser aplicada para medir graus de bem-estar social.

O argumento é o mesmo daquele desenvolvido desde C. MENGER, a saber, a escassez de determinado bem acarreta um enorme interesse subjetivo por parte de uma pessoa que está carente desse bem, tendo uma utilidade marginal (não total), por seu turno, muito menor para quem já possui muito desse bem.

55 Henry Carter ADAMS, "Economics and Jurisprudence", pp. 15-16.

56 Henry Carter ADAMS, "Economics and Jurisprudence", p. 19. "As if to slap theory in the face, in the 1870s and 1880s many American students who would become the prominent economists of the next generation selected German rather than English universities for their graduate education." Among these students were F.W. Taussig, Frank Fetter, John Bates Clark, Richard T. Ely, Simon Patten, and Edwin R. A. Seligman". In: Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 1.001. "Despite the divided support for the historical approach, it dominated industrial organization theory for several decades. The Harvard Economics Department, one of the finest in the country during the first two decades of the twentieth century, was heavily committed to the historical case-study method". In: Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", pp. 112-113.

57 "A escola do 'material welfare' predominou no pensamento econômico da Inglaterra e nos Estados Unidos do final do século XIX até 1930. HOVENKAMP cita como os exemplos mais destacados dessa escola ALFRED MARSHALL e ARTHUR CECIL PIGOU na Inglaterra e, nos Estados Unidos, os progressistas, escola RICHARD T. ELY, JOHN R. COMMONS, EDWIN R. A. SELIGMAN e SIMON PATTEN". Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 1.001. Sobre o debate das teorias neoclássicas do bem-estar, ver E. K. HUNT, *História do Pensamento Econômico: Uma perspectiva Crítica*, pp. 355-380.

Pois bem, uma unidade subtraída do bem *dinheiro* do estoque de uma pessoa muito rica acarretará um decréscimo mínimo de sua utilidade para essa pessoa, ao passo que proporcionará um acréscimo enorme para um pobre. Em termos bem diretos, dispositivos legais que redistribuíssem parte do patrimônio de quem possuía muito em favor de quem pouco possuía, além de gerarem resultados de justiça material, permitiriam desenvolver a tese de que o sofrimento causado pela subtração do rico seria inferior ao prazer da adição ao desprovido de riqueza.

Os pensadores progressistas da escola do bem-estar social defendiam, portanto, seja por meio de tributação progressiva, seja por leis trabalhistas como a do salário mínimo, seja por meio de prestações públicas (educação subsidiada e previdência), que transferências de riqueza involuntárias trariam bons resultados sociais e materiais, daí a necessidade de uma participação estatal para assegurar esses resultados⁵⁸.

Com relação à tributação, o raciocínio era simples: tratava-se apenas de buscar no argumento econômico neoclássico da utilidade marginal, em seu viés hedonista, um reforço para o argumento redistributivo de uma tributação progressiva⁵⁹. Esse tipo de argumentação demonstra bem o escopo do trabalho desses pensadores, preocupados com reformas legais e voltados ao papel do legislador (o que não deixa de reforçar uma ligação com a tradição da economia clássica inglesa).

Quanto ao tema da distribuição de riqueza e dos rendimentos do trabalho, sobretudo no argumento sobre o salário mínimo, a discussão é um pouco mais complexa.

Aqui, além da questão redistributiva (vista acima), há a questão de a remuneração do trabalho de cada pessoa ser proporcional à utilidade gerada por ela:

58 Esse debate pode ser acompanhado, em detalhes, em Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 1000-1013. Sobre o debate da tributação de acordo com as várias escolas do pensamento econômico (e da análise econômica do direito) e as várias abordagens da distribuição de renda e a tributação, ver Paulo CALIENDO, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma Visão Crítica*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 18-64 e 131-164, sobretudo.

59 "The Progressive Era economist with the greatest explicit influence on judicial policymaking was Edward Robert Anderson Seligman. Seligman, the most prominent public finance economist of his day, became a champion of the progressive income tax, which he defended on welfare principles". In: Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 1004. Depois, SELIGMAN abandona o argumento da utilidade marginal, desconfiando da possibilidade de justificar matematicamente o bem-estar individual. Ele então desenvolve a ideia de bem-estar objetivo ("objective criteria welfare"). Ver Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 1.001.

“Thus, as those economists often noted, only the marginal laborer, or the last laborer to be hired, received precisely his contribution to the production process. Inframarginal laborers, by definition, contributed more than their wages, assuming that all laborers were paid the same amount. This meant that laborers, among the lowest of America’s economic classes, contributed more to the production process than they took out.

The argument that appears so often in Progressive literature—that the worker was not getting his ‘fair’ share—was intended as a scientific argument, the use of the word ‘fair’ notwithstanding. The labor contracting process was lopsided and inefficient because all the bargaining power resided with the employer. Given the assumption of diminishing returns, total welfare would be increased if any surplus (value in excess of marginal contribution) created by the production process was given to those who were relatively worse off. For many Progressives, this theory justified state intervention on behalf of labor, such as minimum wage laws, or laws more tolerant of labor unions. The argument that appears so often in Progressive literature—that the worker was not getting his ‘fair’ share—was intended as a scientific argument, the use of the word ‘fair’ notwithstanding. In short, the Progressive economist realized that no person would stay in his current position unless he received his marginal contribution as compensation; but total welfare would be increased if any surpluses above marginal contribution were given to those who were least well-off, for their marginal utility of income was higher.”⁶⁰

A reação conservadora a essas ideias não demorou muito a se apresentar. A partir de argumentos em tese técnicos, autores, posteriormente denominados “*ordinalists*”, alegaram que seria impossível estabelecer comparações científicas entre os graus de utilidade de sujeitos diferentes⁶¹.

60 Herbert HOVENKAMP, “The First Great Law & Economics Movement”, pp. 1.010-1.011. “For example, Progressive John R. Commons argued vehemently that unionization should operate as the mechanism by which labor could tend to recover its total contribution, just as incorporation operated as the mechanism by which individual business entrepreneurs could maximize the recovery of their marginal contribution. Commons noted that a laborer’s resentment of a worker who worked extra hard was no different than a seller’s resentment of a price-cutter each case, one competitor was reducing the attractiveness of the other’s offerings”. In: Herbert HOVENKAMP, “The First Great Law & Economics Movement”, p. 1.011.

61 Herbert HOVENKAMP, “The First Great Law & Economics Movement”, p. 1.002. Sobre as dificuldades de comparações interpessoais na apreciação da utilidade, ver Robert COOTER e Thomas ULEN, *Direito e Economia*, 5. ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 43 e ss.

Ou seja, toda a problemática do cálculo hedonista (de prazer e dor) e de utilidade, que serviria para explicar o comportamento em mercado, não seria apta a operar em bases comparativas quando a perspectiva fosse redistributiva.

Mais adiante, HERBERT HOVENKAMP conclui:

“The real reason that neoclassical economics gave up marginal utility as the basis for welfare economics was not because utilitarianism was less ‘scientific’ than the alternatives. Before one could know whether it was scientific, he had to settle on a definition of science. That decision was driven by the fact that marginal utility economics was traveling down a politically unacceptable path, leading economics directly to socialism.”⁶²

Em resumo, qualquer tentativa de se defender, por meio do cálculo de utilidade marginal, o bem-estar social de políticas redistributivas, deveria ser afastado, por dificuldades em estabelecer os adequados protocolos científicos de comparação. Em termos mais diretos, os argumentos neoclássicos estavam se tornando socialistas.

Sobre essa fase dos estudos de *law and economics*, como se pode perceber, há uma vocação dos autores dessa época por estudos jurídicos, políticos e econômicos, voltados a reformas legislativas e ao alcance de bem-estar material. Os cortes metodológicos, seja para separar economia e direito, seja para reunificá-los com o nome de análise econômica do direito, mas com um viés normativo-político neoliberal, serão estudados mais adiante.

Ainda assim, convém antecipar e mencionar um ponto interessante, relacionado à comparação entre vantagens e desvantagens entre *common law* e legislação (no contexto norte-americano).

No debate do movimento contemporâneo do *law and economics*, o *common law* teria sua eficiência frente ao direito legislado (nos EUA) por estar submetido a um processo evolucionário (em detrimento da legislação) e por representar melhor os resultados de um mercado, de proporcionar soluções ótimas com o menor grau de intervenção estatal⁶³.

A outra explicação para esse argumento tão sedutor, como costumam ser as metáforas vinculadas à seleção natural, é de que o processo democrático (representação política e debate) de legislar sempre oferece riscos de avanços

62 Herbert HOVENKAMP, “The First Great Law & Economics Movement”, p. 1.057. Sobre a crítica à possibilidade de comparações interpessoais em LIONEL ROBBINS (a partir da década de 30 do século XX), o que daria motivo para o surgimento de uma Nova Economia do Bem-estar, ver Roger E. BACKHOUSE, *História da Economia Mundial*, pp. 22-23.

63 Herbert HOVENKAMP, “The First Great Law & Economics Movement”, pp. 1.015-1.018.

sociais; daí o forte apelo à conservadora observação da jurisprudência, muitas vezes mais lenta e menos arriscada.

As bases teóricas para a discussão de teorias materiais do bem-estar social foram rejeitadas nos anos de 1930, com a geração de pensadores mencionados acima, denominados “*ordinalists*”, que, justamente, questionaram as possibilidades de se estabelecer comparações entre pessoas distintas de graus subjetivos de bem-estar. À economia caberia, assim, a tarefa de explicar ou descrever a praxeologia, ou seja, a explicação das decisões econômicas individuais.

Ficou famosa a síntese realizada por LIONEL ROBBINS, cujo estudo definiu, com enorme repercussão, daquele momento em diante, qual seria o papel da economia como ciência formal, que passa a ser o estudo das atividades e das instituições condicionadas pela escassez, a partir da relação entre homens e bem econômicos e de seus juízos econômicos (se a ação em causa realiza a melhor escolha, o fim não é analisado, pois a ciência econômica é neutra)⁶⁴.

Houve, portanto, um longo debate internacional sobre cálculos de bem-estar, socialistas ou não. Do ponto de vista metodológico, ao menos, a síntese de LIONEL ROBBINS, com a econômica tornando-se a ciência formal do curto prazo, axiologicamente neutra, acabou se impondo como *mainstream economics* ao lado da utilidade marginal em bases mais seguras, não redistributivas.

Além disso, na análise das eficiências nas trocas das mais diversas situações, a figura do Ótimo de Pareto estava sendo questionada, apesar de suas funções analíticas relevantes, o que demandou uma reelaboração em novos termos.

Após a crítica de ROBBINS, NICHOLAS KALDOR e JOHN R. HICKS desenvolvem a ferramenta de análise denominada Ótimo Potencial de Pareto (ou *Kaldor-Hicks efficiency*), que será, adiante, tratada novamente⁶⁵.

Como relata HOVENKAMP, a fórmula teórica para que a Eficiência de KALDOR-HICKS funcionasse e evitasse os cálculos redistributivos foi considerar a utilidade marginal da renda constante (enquanto os marginalistas as-

64 Para uma exposição da síntese de Lionel Robbins, de forma crítica, ver Antonio J. Avelãs NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 44-47. De forma também crítica e ainda mais abrangente, ver Carlos LESSA, *O Conceito de Política Econômica: Ciência e/ou Ideologia?*. “Lionel Robbins, one of the first positivist critics of the material welfare school, defined economics as a science of measuring individual human response to scarcity. Under this definition the concept of “wealth” had no objective meaning. Wealth was nothing more than a reflection of individual choice in the marketplace” Herbert HOVENKAMP, “The First Great Law & Economics Movement”, p. 1.034.

65 Nicholas MERCURO e Steven G. MEDEMA, *Economics and the Law From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 45-56.

sumiam que seria decrescente) e constante de uma pessoa para outra. O que recebeu críticas desse autor:

"[...] But, the Kaldor-Hicks criterion is unscientific as the positivist defines the term. First, as a premise about the amount of satisfaction a dollar creates in one person or another, the Kaldor-Hicks criterion requires an interpersonal comparison of subjective welfare precisely like the one made by welfare economists. The fact that compensation is not actually paid under the Kaldor-Hicks criterion renders it impossible to conclude that a Kaldor-Hicks improvement is actually an improvement in welfare without such an assumption.

A second problem with the Kaldor-Hicks efficiency criterion is that, to the extent we have any information at all about individual utilities, it seems that the marginal utility of income declines—that is, individual *A* values her millionth dollar less than her first dollar. Even if everyone had the same utility curve, a wealth transfer would be welfare neutral only if the parties were equally wealthy, given that each individual has declining marginal utility for money. A transfer from rich to poor would increase welfare, while one from poor to rich would reduce it."⁶⁶

Por fim, o último aspecto a ser desenvolvido nesse subcapítulo é o da formação de teorias para explicar o comportamento das indústrias (teoria da organização industrial). O debate ocorrido na virada do século XIX até o surgimento da Escola de Chicago será marcante.

Aos poucos, além do aprimoramento das abordagens de economia clássica e neoclássica, alguns pensadores começam a estudar o mercado a partir da figura da empresa, o que não existia na fase clássica do pensamento econômico (com poucas exceções).

O crescimento das empresas, sobretudo das indústrias, notadamente as empresas de estradas de ferro, contribuiu para esse desenvolvimento teórico, em geral, também preocupado com questões morais como concorrência desleal⁶⁷.

66 Herbert HOVENKAMP, "The First Great Law & Economics Movement", p. 1.040.

67 "The object of early writings on industrial organization was to determine the value of the giant trusts. These were policy or, in Hadley's terms, "moral" inquiries. These early writings considered not merely the reason for the rise or fall in the prices of commodities, but whether the fundamental change that the trusts wrought in the structure and character of American economic life was good or evil. The earliest economic studies of the trust problem were dominated by broad, historically based inquiries that examined all aspects of the trust problem." Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", p. 116.

Um dos percussores dessa abordagem foi RONALD COASE, com seu estudo sobre a empresa⁶⁸. Seu estudo será importante para o surgimento do movimento do *law and economics*, muito embora não se confundam e da teoria dos custos de transação (ligada à nova economia institucional). Trataremos, adiante, desses temas.

II.4. SHERMAN ACT E CLAYTON ACT

Assim como ocorrerá na Europa (notadamente na Alemanha), o debate sobre o combate aos trustes e aos cartéis sempre passou pela análise de vantagens e desvantagens da medida, ou seja, potencial risco de redução da riqueza dos EUA após reduzir o tamanho das empresas e a perda de economias de escala⁶⁹.

Outro argumento importante contra o controle legal era sobre os efeitos negativos da concorrência, ou seja, em certas atividades econômicas, defendia-se, a *concorrência seria nociva*, sendo os trustes e os cartéis apenas formas de se permitir o crescimento e a sobrevivência das empresas envolvidas⁷⁰. Os defensores dessa teoria (*ruinous competition*) alegavam que promover a competição entre empresas de determinados setores levá-la-ias à falência, pois elas não teriam como reduzir preços (em virtude do elevado custo de seus insumos) e elas se destruiriam no processo, o que poderia acarretar, inclusive, prejuízos aos consumidores, que ficariam à mercê de monopólios⁷¹.

A teoria da concorrência nociva sofreria vários ataques de juristas e economistas, incluindo a análise de curto e longo prazo nos mercados de custos elevados (JOHN MAURICE CLARK⁷²). Nessa abordagem, as empresas poderiam ser conduzidas aos efeitos maléficos da concorrência, na tentativa de reduzir

68 R. H. COASE, "The nature of the firm", *Economica*, 1937. Ver, ainda, Hovenkamp, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", 120-122; Herbert HOVENKAMP, "Coase, institutionalism, and the origins of law and economics", *Indiana Law Journal*, 2011. e Herbert HOVENKAMP, "Marginal Utility and the Coase Theorem", *Cornell Law Review*, 1989.

69 Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", p. 122.

70 Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", pp. 125-126.

71 "Beginning in the 1870s, the theory of ruinous competition appeared regularly in American judicial decisions, many of which involved what we would call today public utility markets, or regulated industries although some also involved ordinary manufacturing. Defendants accused of forming illegal cartels or combinations in restraint of trade typically raised ruinous competition as a defense: they surely would have been driven out of business but for the challenged agreement. For example, in 1876, former Supreme Court Justice John A. Campbell successfully defended a price-fixing agreement between two railroads by arguing that the agreement was necessary to prevent ruinous competition. Similarly, in 1874, a federal court in Massachusetts concluded in *Nutter v. Wheeler* that ruinous". In: Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", p. 129.

72 Sobre as considerações de longo-prazo em Clark, ver J. M. CLARK, "Toward a concept of workable competition", *The American Economic Review*, 1940, pp. 246-249.

preços e de lidar com elevados e fixos custos de insumos. Mas, essa situação tenderia a ser equilibrada quando a análise fosse de longo prazo, tendo em vista que os investimentos de empresas desse tipo seriam altos que não haveria substituição por novas empresas, restabelecendo-se, assim, uma situação mais equilibrada⁷³.

Além disso, quando se debatia a necessidade de uma intervenção legal contra os trustes e os cartéis, sempre havia o argumento da *concorrência potencial*, ou seja, no caso de mercados concentrados, as empresas não poderiam abusar dessa condição (aumentando preços ou diminuindo a oferta) porque haveria sempre a possibilidade de outras empresas entrarem nesse mercado.

Trata-se de uma visão otimista quanto aos efeitos positivos do mercado, mas que logo cedeu ao ceticismo que culminou com o surgimento do direito antitruste⁷⁴.

Muito embora houvesse muito debate em torno das teses de concorrência perfeita, concorrência monopolística, concorrência praticável etc., a questão dos cartéis e dos trustes nos EUA acarretou intensos debates públicos, que resultou na promulgação do *Sherman Act* em 02/07/1890⁷⁵.

A Lei pode ser resumida como contendo em sua Seção I (§ 1) a previsão da proibição de quaisquer contratos ou acordos que pudessem criar dificuldades ao comércio interestadual. Já a Seção II (§ 2) prescreve a criminalização da "monopolização" ou de sua tentativa.

Quanto à Seção I, havia a problemática de sua aplicação a fatos praticados no passado. Em relação à Seção II, havia a da definição e do alcance do termo "monopolização", que esclarecia se se tratava da existência do monopólio em si ou se dos atos tendentes a obtê-lo⁷⁶. Esses fatos foram enfrentados, em 1911, no julgamento do *Standard Oil Trust*⁷⁷.

73 "In the short run, firms might be driven to ruinous competition because their fixed costs are so high. However, in the long run excess plants will wear out and not be replaced and market equilibrium will be restored. John Maurice Clark's path-breaking book on fixed costs set the stage for theory that permitted equilibria to emerge even in industries subject to high fixed costs. [...] Or as Schumpeter said in his critique of Joan Robinson, 'the element of time must be got hold of in a much more efficient manner, if for no other reason because what people try to maximize is certainly gain over time'. In: Herbert HOVENKAMP, "United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955", *Minnesota Law Review*, 2010 2009, pp. 341-342.

74 Herbert HOVENKAMP, "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization", pp. 144-151.

75 Como a ênfase de nosso estudo será sobre o debate da intenção do legislado, uma excelente descrição do contexto fático que deu origem à promulgação do Sherman Act pode ser lido em Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: As Estruturas*, pp. 68-70.

76 Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: As Estruturas*, pp. 70-71.

77 Para a análise do caso, com riqueza de detalhes, ver Elizabeth GRANITZ e Benjamin KLEIN, "Monopolization by Raising Rivals Costs: The Standard Oil Case", *The Journal of Law & Economics*, 1971, pp. 1-25.

Em virtude dessas dificuldades, foram promulgados o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos em 1914. A primeira lei, para prever as práticas desleais (discriminação de preços e contratos de exclusividade); a segunda, para investigar as situações e para aplicar a legislação antitruste⁷⁸.

Com isso, os Estados Unidos passam a ter uma legislação preocupada com os acordos anticompetitivos, com a monopolização e com a concorrência leal para evitar obstáculos contra a entrada de novos concorrentes nos mercados. Além disso, a legislação passa a prever uma série de práticas desleais (inclusive com proibições *per se*) para evitar que se criem monopólios. Adota-se, assim, a teoria que defende o combate dos monopólios já em seu início (*incipiency*), evitando-se a prática desleal que permita a empresas obterem participações indesejáveis no mercado⁷⁹.

HOVENKAMP assim resume o direito positivo norte-americano:

“Sherman Act, §1: cartels and market division agreements; boycotts; vertical restrictions, typically imposed by an ‘upstream’ firm, such as a manufacturer, on a ‘downstream’ firm, such as a dealer; historically, mergers. What all these practices have in common is that they require an ‘agreement’ between two or more actors.

Sherman Act, §2: ‘monopolization’, or exclusionary practices, which are practices by which a dominant firm, acting unilaterally, seeks to keep others out of its market. These practices can include some of those listed under §1, including mergers.

Clayton Act, §2, as amended in 1936 by the Robinson-Patman Act: a competitively harmful provision that often operates to limit a supplier’s use of wholesale pricing to make the distribution of its product more efficient.

Clayton Act, §3: ‘tying’ and ‘exclusive dealing’, two vertical practices by which a supplier limits the range of products that its dealers can sell, although tying law has been expanded into other contexts as well. All the practices prohibited by this provision are also addressed

39 1996: 1-47. Ver, ainda, William LETWIN, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, Chicago: The University of Chicago Press, 1981, pp. 253-278. Sobre o argumento e evolução da *rule of reason* nesse contexto, ver William LETWIN, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, pp. 256-270.

78 Herbert HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, pp. 20-22; Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: As Estruturas*, pp. 73-74. Sobre a Clayton Act e a Federal Trade Commission Act, ver William LETWIN, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, pp. 273-278.

79 Cf. Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial*, pp. 371-375.

by §1 of the Sherman Act, making §3 of the Clayton Act very close to superfluous.

Clayton Act, §4: providing treble damages and attorney's fees to prevailing antitrust plaintiffs.

Clayton Act, §7: mergers.⁸⁰

Afora esse apelo popular no combate aos trustes e cartéis, e o ataque ao *Standard Oil Trust*, não deixa de ser irônico e criticável que a pouca aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos nas primeiras décadas tenha sido para combater as greves de trabalhadores, que, por causarem paralisação na produção e distribuição, acabariam por impedir ou reduzir o comércio interestadual, afrontando a *Section I* do *Sherman Act*⁸¹.

Mais do que a lei em si, um ponto importante em nosso trabalho é entender o contexto de sua promulgação, pois boa parte do apelo da Escola de Chicago, pela pena de ROBERT BORK, está na tese de que o *Sherman Act* teve como intenção (intenção do legislador) a defesa da eficiência econômica.

O *Sherman Act*, como não poderia deixar de ser, é fruto de sua época, marcada por problemas de concentração econômica, de cartéis e de confiabilidade de investimentos em empresas (ações). Nesse sentido, mais do que relatar eventuais detalhes de promulgação do *Sherman Act*⁸², convém reconstruir sobre qual tipo de proteção ao consumidor e à sociedade abordava-se à época, de forma a questionar a argumentação das escolas mais recentes e, posteriormente, a importação de ideias para o Brasil dessas distorções.

Como anotado por THOMAS SULLIVAN, afirmar que o *Sherman Act* defende e promove a concorrência seria apenas o ponto de partida, a partir do momento em que não há uma definição de concorrência nessa lei. Certamente, pode-se afirmar que havia a preocupação dos norte-americanos com o crescente po-

80 Herbert HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 20.

81 Herbert HOVENKAMP, *Enterprise and American Law 1836-1937*, Cambridge, London: Harvard University Press, 1991, pp. 207-238. A promulgação do Clayton Act, em tese, serviria para afastar esse atendimento, pois em sua Seção 6 há a previsão de que o trabalho humano não seria uma mercadoria. Ainda assim, a Suprema Corte adota a legislação antitruste para combater a união de trabalhadores até a década de 1930. Nesse sentido, ver Herbert HOVENKAMP, *Enterprise and American Law 1836-1937*, pp. 236-238. Aliás, o autor menciona que dos treze casos julgados pelas cortes inferiores ao aplicar a legislação antitruste, apenas um tratava de associação de empresas, os demais seria contra sindicatos. Herbert HOVENKAMP, *Enterprise and American Law 1836-1937*, p. 229. Uma análise crítica desse histórico e, sobretudo, pesquisando a história jurisprudencial norte-americana que derrubou boa parte da legislação econômica e social em favor de um liberalismo econômico não interventivo, ver Gilberto BERCOVICI, "A Economia Política da Inversão da Constituição", mimeo, 2012, pp. 1-26, sobretudo pp. 19-20.

82 Sobre isso, ver E. Thomas SULLIVAN, *The Political Economy of the Sherman Act: The First Sixty Years*, New York: Oxford University Press, 1991.

der das firmas (monopólio ou cartéis – e isso era um problema tão econômico, quanto político), concentradas que estavam, pois elas não pareciam combinar com o espírito de livre concorrência e de auto-organização⁸³.

Historicamente, ao menos, está bem documentada a pressão popular (inclusive em época de sucessão presidencial) em virtude de problemas como inflação, crise na economia agrária e desconfiança dos investidores donos de terra (fraudes no pagamento de dividendos etc.), além de muita corrupção entre as empresas oligopolistas e os governos locais.

RICHARD HOFSTADTER, em texto de 1965, defendeu que a importância da pressão popular se fez presente e que não está claro se havia realmente uma visão econômica clara da política de defesa da concorrência, mas que seria um primeiro passo em defesa da democracia. Alega, ainda, que os objetivos da legislação seriam de três tipos: (i) econômico: o modelo clássico de concorrência, que permitiria a eficiência econômica; (ii) político: bloquear a democracia contra o poder político acumulado em pequenos grupos de pessoas; (iii) social e moral: o processo competitivo desenvolveria o caráter das pessoas e seria um estímulo fundamental para a formação moral da nação. Todos esses objetivos seriam marcados por incertezas, mas o autor defende ser possível afirmar que o movimento *antitrust* seria mais uma empreitada política do que econômica⁸⁴.

ROBERT BORK, por sua vez, em texto publicado em 1966, defendeu a tese de que a intenção do legislador que criou o *Sherman Act* foi a do bem-estar do consumidor. Essa afirmação, que liga os pressupostos neoclássicos da Escola de Chicago com a intenção do legislador, foi alvo de muitas críticas.

Nesse autor, há a defesa de que a intenção do legislador era a de eficiência econômica, que estaria ligada à eficiência alocativa, que, por sua vez, poderia

83 E. Thomas SULLIVAN, *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, p. vii. "But in America Competition was more than a Theory: it was a way of life and a creed. From its colonial beginnings through most of the nineteenth century, ours was overwhelmingly a nation of farmers and small-town entrepreneurs-ambitious, mobile, optimistic, speculative, anti-authoritarian, egalitarian, and competitive. (...) Their most respected thinkers habitually assured them that their social order was God-ordained or natural, and they probably thought it would last forever". In: Richard HOFSTADTER, "What Happened to the Antitrust Movement?", in *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, por E. Thomas Sullivan, New York: Oxford University Press, 1991, p. 20-21.

84 Richard HOFSTADTER, "What Happened to the Antitrust Movement?", p. 23-24. STIGLER questiona, em tese bem polêmica, a tese do populismo eleitoral como forma de agradar aos agricultores, ao propor que os fazendeiros eram menos vulneráveis à exploração dos monopólios, por não serem os maiores consumidores de bens que não crédito e terra e mesmo com relação a ferrovias. Ele defende que seriam as pequenas empresas o principal foco de pressão pela legislação, já que elas se encontravam em situação conflitante e inversamente antagônica com as firmas monopolísticas. Cf. George J. STIGLER, "The Origin of Sherman Act", in *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, por E. Thomas Sullivan, New York: Oxford University Press, 1991, p. 32-38.

ser obtida por meio de eficiência produtiva. Em sua tese, qualquer preocupação redistributiva é ostensivamente rejeitada⁸⁵.

Interessante a estratégia do autor, pois busca, a partir de relatos dos senadores, sobretudo do próprio Senador SHERMAN, sustentar a tese de que a preocupação deles seria com a *eficiência* e que ela seria traduzida no teste do bem-estar do consumidor⁸⁶. Ao final, o autor sugere que o argumento da intenção do legislador deve ser usado com cuidado, por várias razões – sobretudo por ser artificial –, mas sentencia que, se for para ser utilizado, se algo pode ser afirmado sobre o debate no Senado, é que a preocupação seria com o bem-estar do consumidor⁸⁷.

Uma das críticas mais interessantes a essa tese é a de que, no contexto da época e dos debates parlamentares, a teoria do preço monopolístico e o debate sobre eficiência alocativa não estavam ainda desenvolvidos.

Nesse sentido, JOHN B. KIRKWOOD e ROBERT LANDE:

“Although modern economists often eschew economic value judgments, the 1890 Congress may have been more willing to make them. The legislative history of the Sherman Act indicates that Senator Sherman and other legislators condemned trusts for raising prices and restricting output, but no evidence has ever been found to suggest that any legislator understood that monopoly pricing causes allocative inefficiency. It is extremely unlikely that the legislator’s distaste for monopoly pricing could have been based upon its impact on allocative efficiency: The concept of allocative efficiency was, at best, on the verge of discovery by leading economic theorists when the Sherman Act was passed.”⁸⁸

85 Robert H. BORK, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, in *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, por E. Thomas Sullivan, New York: Oxford University Press, 1991, pp. 39-70. Essa afirmação do uso do argumento da intenção do legislador não deve ser subestimada, em primeiro lugar, em virtude da importância metodológica da intenção do legislador nos Estados Unidos e, em segundo, devido ao fato de ROBERT BORK ser um jurista adepto do originalismo, ou seja, aqueles autores que defendem a pesquisa das intenções dos federalistas ao elaborarem a Constituição americana e combatem as inovações (sejam as emendas posteriores, seja por meio da jurisprudência). Sobre essa última colocação, a saber, o originalismo em Bork, ver Richard POSNER, *Para Além do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 253. Sobre a bem sucedida campanha realizada pela esquerda norte americana contra a nomeação de Bork para a Corte Suprema (governo Reagan), ver Richard POSNER, *Para Além do Direito*, pp. 252-253.

86 Robert H. BORK, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, pp. 56-57, sobretudo.

87 Robert H. BORK, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, pp. 56-57, sobretudo.

88 John B. KIRKWOOD e Robert H. LANDE, “The Chicago School’s Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”, in *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, org. Robert Pitofsky, New York: Oxford University Press, USA, 2008, p. 76. Defendendo a tese de que o teste do legislador não pode ser usado para defender o argumento da intenção do legislador com as pequenas empresas, ver Kirkwood e Lande, “The Chicago School’s Foundation

Precisa a colocação de CALIXTO SALOMÃO, para quem⁸⁹:

“[...] Os senadores americanos não tinham em mente as noções hoje tão na moda e tão utilizadas pela teoria microeconômica neoclássica. Não estavam preocupados com a preservação da eficiência alocativa ou produtiva. Mais do que isso, existem evidências bastante fortes de que sequer a eficiência como noção intuitiva motivou o legislador americano.”

Naquele contexto, a preocupação não era só com abuso de poder econômico, mas com o político também. Não haveria, necessariamente, um único propósito, como bem ressalta CALIXTO SALOMÃO⁹⁰.

No mesmo sentido, HERBERT HOVENKAMP escreveu:

“To ascribe to the legislative histories of the antitrust laws an exclusive concern with allocative efficiency is to take an extraordinarily narrow and unrealistic view of the political process in our congressional system. Congress has historically been concerned about such things as small business welfare and easy market entry, and has passed an iridescent lot of legislation that supports small business at the expense of efficiency as measured by output and low prices. It is unrealistic to think that when Congress passes “antitrust” statutes, the representation of small business interests simply ceases to exist, and the only interest that Congress recognizes is economic efficiency or high output considered in the abstract.”⁹¹

O que se pode perceber até aqui é que ROBERT BORK, mesmo criticando o argumento do legislador histórico, ao defender que poderiam ser muitos os objetivos, colocou a tese da busca por eficiência econômica atrelada ao bem-estar do consumidor. Mais adiante, ao escrever o livro em que comentou a jurisprudência da Corte Suprema, que combatia ferozmente os riscos de ofensa à concorrência, BORK⁹² seguiria o raciocínio, valendo-se de uma forma retóri-

is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”, 82-83 e Richard HOFSTADTER, “What Happened to the Antitrust Movement?”, pp. 30-31. O autor lembrará, em nota de rodapé, que os princípios de economia possuíam, em 1890, apenas 17 páginas sobre teoria do monopólio e apenas uma nota de rodapé sobre eficiência alocativa (ou uma versão incipiente) e, ainda, que a essa noção, em seu uso moderno, dependia da adoção do ótimo de Pareto, publicado pela primeira vez em 1909. Cf. John B. KIRKWOOD e Robert H. LANDE, “The Chicago School’s Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”, p. 289, nota 8.

89 Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: As Estruturas*, p. 71.

90 Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: As Estruturas*, p. 72. Na mesma linha de entendimento, ver Herbert HOVENKAMP, “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, *The George Washington Law Review*, 1982.

91 Herbert HOVENKAMP, “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, p. 19.

92 Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: The Free Press, 1993.

ca que atrela *eficiência econômica* com *bem-estar do consumidor*. Eficiência essa que seria obtida por *eficiência alocativa* que, por sua vez, teria origem na *eficiência produtiva*⁹³.

Esse argumento retórico (de tratar do bem-estar do consumidor quando, em verdade, defende-se a não intervenção estatal para se obter eficiência produtiva) será a marca da Escola de Chicago⁹⁴. O ponto extremamente questionável é o do por que motivo as importações brasileiras do *law and economics*, que tratam de eficiência econômica ou de bem-estar, raramente deixam claro a verdadeira fórmula de BORK. Há, por vezes, a defesa da eficiência como mera adequação entre meios e fins, como se quem não fosse adepto da escola gostasse de normas inúteis! Como sempre, essas são as dificuldades das importações, ainda mais com esse forte apelo retórico e ideológico.

Mais adiante, quando comentarmos a Escola de Chicago, trataremos da questão da eficiência econômica e do debate sobre a intenção do legislador histórico do *Sherman Act*. Convém, nesse ponto, tratar das duas escolas que são, geralmente, as mais comentadas quando se trata de estudar o direito concorrencial, apesar da riqueza técnica e histórica das discussões anteriores.

II.5. A ESCOLA DE HARVARD

Apesar da ênfase que julgamos necessária, ao tratar das abordagens que mesclavam direito e economia, e que deram base para a construção de leis e jurisprudência de direito concorrencial, quando se estuda o direito concorrencial norte-americano, a primeira e muito influente escola econômica, sempre mencionada, é a estruturalista de Harvard, que dominou o pensamento econômico da década de 1940 até o final da década de 1970, oferecendo resistência teórica à Escola de Chicago⁹⁵.

93 Em linha direta, o argumento seria: a ausência de intervenção estatal (neoliberalismo norte-americano) permite os ganhos de escala (eficiência produtiva), que possibilitariam (prognose) a eficiência alocativa e o bem-estar do consumidor (prognose de distribuição dos ganhos da eficiência produtiva). Assim, logo se percebe que a defesa da tese do bem-estar do consumidor é bem mais atraente do que a do ganho de escala do produtor.

94 Trata-se de verdadeira prestidigitação teórica elaborada por ROBERT BORK. Adiante veremos em mais detalhes (II.6.2.)

95 "Harvard dominated economic thinking about competition policy from the 1940s through the 1970s and had a very considerable influence on antitrust policy. Its principals were Chamberlin, Edward S. Mason on the Harvard economics faculty, and Joe S. Bain", in: Herbert HOVENKAMP, "United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955", p. 348. Relatando os primeiros passos da Teoria da Organização Industrial como disciplina na Universidade de Harvard, a partir de um grupo de economistas, juristas e administradores ocupados com um relatório do Comitê Econômico Nacional Temporário sobre a Concentração de Poder Econômico de 1938, ver Elizabeth Maria Mercier Querido FARINA, "Introdução: A Teoria da Organização Industrial e Econômica", in: Custos de Transação: Linhas Gerais do Referencial Teórico, in: *Competitividade: Mercado, Estado*