

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.

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 MENGER (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-

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 finanças, 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

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 subjetivo, tem-se a retomada do estudo do valor dos bens com base nos juízos econômicos 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 tornando-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.

$$UM_x/UM_y \text{ e } P_x/P_y.$$

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, 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 e começa a desenvolver 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*, p. 328.

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.

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 development of a particular firm". In: 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.

JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Livre-Docente em Direito Econômico e Economia Política pela FDUSP. Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela FDUSP. Foi Pesquisador visitante no Instituto Max-Planck de Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial em Munique (Alemanha). Secretário-Adjunto de Política Fiscal e Tributária da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

ECONOMICIZAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2014
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br