

CONTRA ILEGAIS MONOPÓLIOS E RESTRIÇÕES À ATIVIDADE ECONÔMICA: A LEI SHERMAN DE 1890

AGAINST UNLAWFUL MONOPOLIES AND RESTRAINTS OF TRADE: THE SHERMAN ACT OF 1890

DAVI MONTEIRO DINIZ*

RESUMO

A Lei Sherman de 1890 é reconhecida como um dos grandes marcos do Direito Econômico. De acordo com essa importância, o artigo investiga os elementos que influenciaram a versão original da Lei Sherman, considerando as normas e institutos jurídicos que colaboraram para sua definição, bem como as principais inovações que ela ocasionou ao Direito dos EUA.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Sherman. Monopólio. Restrições ao Comércio. Direito Econômico. Direito Comparado.

ABSTRACT

The Sherman Act of 1890 is acclaimed as one of the greatest milestones of Economic Law. According to such importance, this paper investigates the elements that influenced the original version of the Sherman Act, considering which rules and legal institutes contributed to its original text as well as the main innovations that statute brought into the US Law.

KEYWORDS: *Sherman Act. Monopoly. Restraint of Trade. Economic Law. Comparative Law.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os conflitos econômicos da economia industrial e sua repercussão política. 2.1 A Industrialização dos EUA no séc. XIX. 2.2 Ferrovias nos EUA: o caminho privado. 2.3 A dimensão econômica dos conflitos. 2.4 A dimensão política dos conflitos. 3 O regime jurídico anterior à Lei Sherman. 3.1 Liberdade para contratar e restrições negociais à atividade econômica. 3.2 Leis estaduais anteriores à Lei Sherman. 3.3 O combate à concentração empresarial como combate a monopólios. 3.4 *Common law* e a proibição de manipulação de oferta e preços de bens. 3.5 Proteção da competição em face dos acordos empresariais. 4 A Lei Sherman como legislação federal anti-trust. 4.1 A

* Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Doutor em Direito pela UFMG.
E-mail: gmdodavi@gmail.com

necessidade de legislação federal anti-trust. 4.2 A legislação promulgada: A Lei Sherman. 4.3 A Lei Sherman como legislação federal sobre o comércio. 4.4 A Conceituação de ilícitos econômicos pela Lei Sherman. 4.5 As penalidades previstas na Lei Sherman. 5 Conclusão. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Em julho de 1877, uma greve de empregados ferroviários iniciada no Estado de Virginia do Oeste (*West Virginia*) se alastrou pelos Estados Unidos da América (EUA), bloqueando o principal meio de transporte de mercadorias e ocasionando o desabastecimento em massa dos centros urbanos do país. O movimento obteve significativo apoio de administrações locais, de empresários e de particulares, enormemente insatisfeitos com as ferrovias, e só cessou após forte intervenção federal, com o envio de tropas e repressão militar.

Essa esporádica aliança, de poderes públicos locais, empresários e trabalhadores em torno de um movimento grevista, decorreu em muito do modo como os empresários de ferrovias vinham se utilizando do expressivo poder econômico que acumularam naquelas décadas. Com efeito, esse evento seria reconhecido como mais um dos numerosos conflitos que ocasionaram legislações disciplinadoras da concentração de poder empresarial nos EUA.

Despontando entre essas medidas, a Lei Sherman, editada pelos EUA em 1890, é lembrada mundialmente como relevante marco legal para se compreender as possíveis soluções jurídicas aos conflitos contemporâneos de fundo econômico. No entanto, trata-se de lei produzida por sistema jurídico com características razoavelmente distintas do brasileiro.

Em face dessas diferenças, este artigo investiga a formação da Lei Sherman com ênfase em sua historiografia jurídica, considerando, por um lado, que normas e institutos jurídicos influenciaram na sua definição e, por outro, no que ela inovou no então direito vigente.

O ensaio concentra-se, assim, na dimensão jurídica da ordem econômica, visando melhor compreender, relativamente à Lei Sherman, as razões determinantes de seu conteúdo, como editado

em sua versão original. Para tanto, buscou-se consultar a doutrina da época, sem prejuízo de leituras mais modernas, permeadas de dados e reflexões esclarecedoras sobre aquele período.

Com tais objetivos, a investigação também visa contribuir para os estudos de Direito Comparado sobre o tema.

2 OS CONFLITOS ECONÔMICOS DA ECONOMIA INDUSTRIAL E SUA REPERCUSSÃO POLÍTICA

2.1 A INDUSTRIALIZAÇÃO DOS EUA NO SÉC. XIX

Após a guerra civil (1861-1865), os EUA transformaram intensamente sua economia. Ao lado da ampliação do mercado interno, a produção e a comercialização em massa de produtos manufaturados, com vistas ao seu consumo por amplas parcelas da população, despontou como elemento central do que viria a ser chamado de segunda revolução industrial. Essa inserção de aspectos industriais na economia trouxe múltiplas consequências econômicas e sociais, cujo impacto, além de desenvolvimento, desencadeou conflitos e perplexidade.

Para demonstrar as variadas situações que formaram a magnitude dessa transformação e as decorrentes dificuldades que as acompanharam, um bom exemplo pode ser encontrado na produção de fontes de energia, como, por exemplo, a produção de querosene a partir do petróleo.

É notório que, até a metade do séc. XIX, uma principal fonte de energia para iluminação era o óleo extraído de baleias. Produzi-lo, então, era uma atividade extrativista, limitada à quantidade de baleias que se conseguiria matar em cada empreendimento de pesca e coleta. Entretanto, com a descoberta do querosene, desenvolvido como um subproduto extraído do petróleo, inventou-se um produto manufaturado, capaz de ser produzido em abundância e atender à universal necessidade de seu uso para iluminação. Ou seja, para esse produto industrial existia um potencial mercado de alcance mundial.

Assim, empresários lançaram-se a concretizar as diversas etapas dessa nova operação econômica, não só tratando da produção de petróleo, como também do refino, distribuição e comercialização, no caso em tela, de querosene. Na dimensão continental dos Estados

Unidos, milhares de empreendimentos distintos se organizaram em torno dessa cadeia produtiva. Mineradores, refinarias, atacadistas, distribuidores, varejistas, foram se estabelecendo para abastecer as cidades e o interior. Na outra ponta dessa operação, como se sabe, encontravam-se compradores querendo o mesmo produto – querose-ne – pelo menor preço e com a melhor qualidade que encontrassem.

Ademais, diante da demanda estável pelo produto, os empresários progressivamente perceberam uma série de ganhos econômicos que decorriam de se colocar sob controle comum as diversas etapas de produção e comercialização do produto industrial.

Um conjunto substancial desses ganhos resultou da racionalização econômica do processo de produção e comercialização dos produtos industriais. Assim, ações, tais como, buscar os menores custos para localizar a extração do petróleo em níveis suficientes, colocar refinarias perto do lugar da extração, padronizar o produto para produzi-lo sem diferenças relevantes, diminuir os gastos adotando escalas maiores de refino, transporte e armazenamento, mostraram-se medidas eficazes ao reduzirem os custos de operação empresarial.

Outro conjunto de ganhos econômicos, no entanto, emergiu do papel contextual que o empresário poderia desempenhar ao atuar em parcela da cadeia de produção e comercialização do produto. Assim, ao se controlar a produção de petróleo em determinada região, individualmente ou em grupo, disso decorreria maior poder para fixar o preço de venda do produto e os ganhos correspondentes. Se, ao contrário, produtores atuassem sem tal acordo, disputando oportunidades de troca, o pensamento econômico da época esperava que o preço do produto fosse influenciado por essa competição, entendida como contribuição fundamental para se equilibrar oferta e demanda, e desse encontro decorrer o respectivo preço.

A situação vantajosa poderia ocorrer inversamente. Se apenas existisse um comprador do petróleo, ou se o conjunto deles se organizasse para atuar de modo unificado, haveria concentração de poder para negociar o preço de aquisição. Caso ela não ocorresse, a competição entre os vários potenciais compradores influenciaria o preço do produto no mercado.

Assim, os diversos participantes da cadeia de produção logo perceberam que poderiam, no lugar de competir por oportunidades de troca, fazer acordos a respeito do controle, parcial ou total, das etapas da cadeia de produção e venda do produto industrial, bem como dos respectivos preços. Ao se associarem os empresários, pois, incrementava-se a concentração desse poder de controle de produção e comercialização, fenômeno que se tornava mais perceptível quando, no lugar de acordos, ocorria simplesmente a absorção das atividades de um empresário por outro, mormente pela aquisição do respectivo estabelecimento¹.

Paulatinamente, então, os conflitos a respeito do controle da cadeia de produção e comercialização dos produtos industriais, bem como dos efeitos dessa concentração, começaram a ficar mais perceptíveis. Embora tal fenômeno fosse percebido a respeito de diversos produtos, tais como carne, tabaco, sal, bebidas alcoólicas e aço, cabe inicialmente destacar, no desenrolar destes conflitos, a presença de um ponto em comum para várias atividades econômicas: o transporte ferroviário.

2.2 FERROVIAS NOS EUA: O CAMINHO PRIVADO

Em uma época sem veículos automotores e estradas pavimentadas, dois ramos de transporte se destacavam: o transporte marítimo-fluvial e as estradas de ferro, sendo este capaz de se espalhar por praticamente todo o território de um país.

A partir da primeira metade do séc. XIX, nos EUA, a construção e utilização de ferrovias manteve-se preponderante até ocorrer a popularização dos automóveis, no século subsequente. Por oferecer acesso a múltiplos mercados de produção e consumo, as ferrovias, à época, não eram apenas o melhor caminho econômico, mas, em muitas ocasiões, o único caminho viável para o comércio de mercadorias.

Ocorre que, nesse tema, os EUA seguiram a tradição inglesa, na qual as ferrovias foram construídas e gerenciadas como empreendimentos privados, ainda que recebessem forte apoio estatal. Desse

1 CHANDLER, 1962, p. 19-41.

modo, o seu uso por clientes era, essencialmente, uma operação econômica privada, coordenada pelos interesses econômicos das empresas ferroviárias. Nesses termos, tornou-se prioridade, para os mencionados usuários, conseguir que os seus produtos fossem efetivamente transportados, bem como que o fossem por preços de frete que não anulassem os ganhos econômicos da respectiva comercialização.

Embora esses empreendimentos ferroviários, em sua maioria, não fossem planejados em nível nacional, por se construírem trechos de linhas espalhados por diversos Estados da federação sem necessariamente interligá-los, os empresários de ferrovia, seguindo a lógica industrial, também perceberam que, ao se associarem com outros pares, ou ao colocarem sob controle comum a maior extensão possível de estradas de ferro, poderiam incrementar, não só os ganhos advindos da racionalização das atividades, como também o poder de impor os preços de seus insumos, bem como do transporte de pessoas e mercadorias.

Ao longo do séc. XIX, então, os EUA presenciaram numerosos conflitos empresariais entre as empresas de ferrovias e seus usuários. Inicialmente, esses conflitos se resumiram a disputas por preços de serviços ferroviários, então limitadas à área de atuação da respectiva empresa transportadora. No entanto, à medida que essas empresas começaram a se associar com empresários de outros setores, sua função estratégica para a circulação de bens começou a interferir nas disputas que ocorriam em outras indústrias.

Assim, se a ferrovia decidisse por transportar determinado produto, por exemplo, carne refrigerada, petróleo ou querosene, para apenas um empresário, ou concedesse a esse empresário descontos exclusivos, a vantagem deste sobre outros cresceria de modo estratégico para vencer concorrentes.

Por outro lado, conseguir simultaneamente controlar a matéria-prima (petróleo), a manufatura (refinaria), o transporte (a estrada de ferro), os insumos (carvão) e a comercialização (lojas de distribuição a consumidores) eventualmente permitiria ao empresário alcançar o máximo de ganhos, inclusive se conseguisse reunir sob comando comum cadeias de produção de diferentes produtos industriais.

Outro aspecto relevante, nesse comando unificado de várias etapas do empreendimento, era o de que, ainda que a ferrovia eventualmente gerasse prejuízo, por transportar apenas o produto de um associado, fazendo-o a custo muito baixo, essa perda poderia ser compensada, àquele empresário com poder de gerenciar a ferrovia, pela sua participação nos ganhos advindos da comercialização do produto transportado, por exemplo, querosene.

Nesse quadro, o empresário, ou grupo de empresários, eventualmente teria prejuízos num empreendimento, mas com a expectativa de ganhar substancialmente por participar em outro, ambos sob controle comum, unificado ou combinado.

Assim, começaram a emergir associações não só entre empresários de ferrovias, mas também entre estes e os de outras indústrias, combinações que se viabilizavam como mecanismos para se alcançar o controle das cadeias de produção e comercialização de diversos serviços e produtos industriais.

2.3 A DIMENSÃO ECONÔMICA DOS CONFLITOS

Na época aqui estudada, um conflito econômico de proporções nacionais ocorreu entre as empresas ferroviárias e os agricultores e fazendeiros do EUA. Estes, diante da imperiosa necessidade de estruturas de armazenamento e transporte de produtos agrícolas para os mercados urbanos, ressentiam-se, como os demais usuários, das desigualdades de preços colocados pelas ferrovias, para diferentes trechos e tipos de carga.

Como exemplo dos diversos pontos disputados, uma reclamação particularmente aguda decorria da constatação de que o transporte em trechos de curta distância (*short haul*) eram bem mais caros do que transportes de longa distância (*long haul*), principalmente quando os maiores trechos ligavam produtores e consumidores em grandes mercados. Assim, os fazendeiros próximos à cidade de Nova Iorque reclamavam que pagavam fretes iguais ou maiores que os seus concorrentes de Estados distantes, a respeito de mercadorias destinadas ao mesmo centro urbano.

Sobre essa questão, os empresários ferroviários argumentavam que os trechos que uniam grandes mercados não só transportavam maior volume de cargas, como também poderiam envolver

concorrência entre ferrovias, pois o trajeto poderia variar por diversas linhas interconectadas, linhas estas, porém, pertencentes a diferentes empresários. Já os trechos menores, além de geralmente transportarem menor volume, muitas vezes eram servidos por apenas uma empresa, que alegadamente cobrava preços de acordo com seus custos de investimento e operação no local.

Entretanto, como lembrado acima, um importante aspecto dos conflitos que envolveram as ferrovias decorreu destas se associarem com empresários de outras indústrias, fenômeno que não se limitava a interferir no comércio com agricultores. Com efeito, ao oferecerem, no preço do transporte, descontos especiais a alguns empresários, mas não a todos; ou a se recusarem, do mesmo modo seletivo, a transportar mercadorias, as ferrovias criavam vantagens evidentes àqueles empresários favorecidos, como no trecho de reportagem a seguir relatado²:

A Standard [Oil] havia se recusado a transportar petróleo por seus dutos, a menos que lhe fosse vendido, mas declarou em seguida que não o compraria, porque as ferrovias não poderiam fornecer carros para transporte. Centenas de poços foram paralisados, com grande prejuízo. Milhares outros, cujos proprietários temiam fechar os poços por medo de serem inundados por água salgada, preferiram derramar o petróleo no solo.³

Como se percebe, os usuários das ferrovias, em especial os pequenos e médios empresários que as utilizavam para o comércio, começaram a percebê-las como um ator econômico que poderia interferir de modo voluntário e decisivo nos seus custos de operação e na concorrência com outros empresários por oportunidades de troca.

Ademais, outro notado efeito de se colocar ramos da atividade empresarial sob comando comum se dava pela eliminação

2 LLOYD, 1881.

3 No original: “*The Standard, through its pipe line, had refused to run oil, unless sold to them, and then declared it could not buy, because the railroads could furnish it no cars in which to move away the oil. Hundreds of wells were stopped, to their great damage. Thousands more, whose owners were afraid to close them for fear of injury by salt water, were pumping the oil on the ground.*” O artigo também relata que, após forte pressão, os carros para transporte ferroviário foram disponibilizados.

das condições econômicas que viabilizavam as atividades de fazendeiros, comerciantes e industriais de pequeno e médio porte, os quais constatavam a progressiva substituição de seus negócios por grandes empreendimentos.

Essa interpolação conflituosa dos interesses econômicos de empresários, os quais atuavam na produção e comercialização, tanto de produtos agrícolas como de manufaturados, e cada vez mais se lançavam a disputar um mercado nacional interligado por ferrovias, progressivamente alçou repercussão política.

2.4 A DIMENSÃO POLÍTICA DOS CONFLITOS

Diante do acirramento de lutas econômicas cada vez mais amplas envolvendo o controle das cadeias de produção e distribuição de produtos e serviços, bem como a crescente incapacidade de elas serem solucionadas negocialmente entre os interessados, as repercussões políticas não tardaram.

Sobre os vetores dessa repercussão, resalte-se, inicialmente, que as ferrovias se constituíam em conjunção com decisões políticas, por precisarem que o Estado lhes instituisse, eventualmente, desde forma jurídica especial (*corporation*) apta a viabilizar a obtenção de largas somas de capital, até privilégios para ocupação das terras públicas e direito de passagem nas propriedades de particulares (*right of way*), eventualmente se adicionando a essas vantagens, inclusive, financiamento ou investimento público⁴.

Desse modo, o funcionamento das primeiras ferrovias implicava a concessão, pela unidade federada, de uma autorização especial (*charter*), por vezes feita com caráter exclusivo para determinada região. Por se tratar de concessão estatal específica, diversos aspectos do funcionamento da ferrovia eram submetidos a cada ato autorizador, cujo conteúdo poderia variar, tanto entre os diversos Estados concedentes, como mesmo entre diferentes concessões feitas no mesmo Estado.

Evidentemente, a proximidade dos empresários de ferrovia com as instituições políticas e seus integrantes não só era notada,

4 W.B.J., 1872.

como, por vezes, duramente criticada, em razão de recorrentes sinais de abuso de poder econômico nas relações com os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como com particulares⁵. Os EUA viviam, então, o período pejorativamente denominado de *Gilded Age*, como lembra a doutrina⁶:

A *Gilded Age* assistiu as instituições de governo da América chegarem ao ponto mais baixo na sua história. Tanto o poder executivo como o poder legislativo estavam, como colocado por um historiador contemporâneo, ‘aquém de seus deveres; eles se mostravam incapazes de garantir a proteção do interesse geral’⁷

Em reação às dificuldades que enfrentavam, os diversos usuários de ferrovias começaram a buscar caminhos políticos para dar voz às suas reivindicações, sendo que os produtores rurais encontraram, no desenvolvimento de organizações de mútua cooperação (*Grangers*), um adequado lugar de convergência para, a partir delas, pressionar politicamente as instituições estatais.

Quanto ao espaço urbano, empresários locais, profissionais autônomos e o proletariado, tocados pelas citadas mudanças econômicas, também buscaram meios para se contrapor à eventual deterioração de suas condições econômicas, cada vez mais subordinadas aos interesses dos empresários industriais, os quais já se associavam amplamente para dominar as cadeias de produção e comercialização de produtos em geral.

Assim, em parte como reação aos crescentes efeitos do poder econômico e político do grande empresariado, duas marcadas dimensões de ação política despontaram. Primeiro, as lutas particulares a grupos específicos e, concomitantemente, as tentativas de organizá-los em movimentos de maior alcance, capazes de conjugar a ação de grupos heterogêneos.

5 ADAMS JR, 1869.

6 SCHWARTZ, 1974, P. 172.

7 No original: “*The Gilded Age saw American governmental institutions sink to the lowest point in their history. Both the executive and the legislative branches were, as stated by a contemporary historian, ‘unequal to their duty; they prove incapable of ensuring the protection of the general interest’*”

Na primeira linha, um importante desdobramento dessa ação política dos ruralistas foi o de conseguir medidas estatais que interferissem nos preços privados cobrados por armazéns de grãos e ferrovias, medidas cuja constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte dos EUA⁸. Paralelamente, os trabalhadores avançaram com seus processos de organização político-social, também alcançando - de modo bem mais lento e sofrido - leis de proteção aos operários⁹.

Relativamente a ações mais amplas, um agregador ideológico importante se revelou na qualificação de parcela do grande empresariado como monopolista, figura que recebera enorme negatividade no desenrolar das revoluções liberais, pois estas adotaram, como uma de suas bandeiras unificadoras, a luta contra os frequentes monopólios juridicamente instituídos pelos então reis absolutistas.

Assim, o combate a diversos efeitos das atividades das ferrovias, bem como dos acordos empresariais que intentavam combinar preços, foi reforçado pelo ideário de se lutar contra monopólios. Ao lado de progressivamente se inserir pautas com esse viés nos partidos políticos nacionais, outros menores foram criados envolvendo esse objetivo, como o *Anti-Monopoly Party* (1884) e o *People's Party* (1891).

Os acordos empresariais voltados para controlar mercados, por sua vez, ganharam no campo político a denominação genérica de *trusts*. Entretanto, o termo, nesse contexto, não significava apenas o conhecido instituto jurídico inglês de direito real, que foi então manejado para colocar participações societárias sob controle comum e com isso incrementar combinações.

Com efeito, a palavra foi coloquialmente empregada de modo a nomear os acordos em geral feitos para restringir a atividade econômica, aí se incluindo fixar preços, repartir mercados, formar cartéis, atuar sob comando unificado e, por óbvio, para designar a formação de *trusts* em sentido próprio. Combatê-los sob designação comum, portanto, auxiliou a se formar uma aliança política voltada a implementar ações *anti-trust*.

8 Cf. *Granger Cases*, particularmente o caso *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1876).

9 HURVITZ, 1986.

Em suma, ao longo da segunda metade do séc. XIX nos EUA, à medida que aumentava e se concentrava o poder do empresariado industrial, contra ele reagiam diferentes grupos sociais afetados, como pequenos empresários, produtores rurais, profissionais liberais e proletários, não tardando essa movimentação política a repercutir juridicamente.

3 O REGIME JURÍDICO ANTERIOR À LEI SHERMAN

A Lei Sherman foi editada pelo Congresso dos EUA em julho de 1890. Todavia, antes de se ingressar em suas questões de fundo, importante notar que as principais disputas jurídicas a serem tratadas pela norma federal aqui estudada já vinham sendo enfrentadas, antes de sua criação, tanto por cortes estaduais, utilizando-se do *common law*, como pela criação de leis pelas unidades federadas. Essa experiência jurídica prévia em muito influenciou a substância da Lei Sherman, merecendo ser conhecida.

3.1 LIBERDADE PARA CONTRATAR E RESTRIÇÕES NEGOCIAIS À ATIVIDADE ECONÔMICA

Para impugnar os cada vez mais frequentes acordos celebrados por empresários para controlar as cadeias de produção e comercialização de bens, vários caminhos jurídicos foram trilhados à época. Dentre as ferramentas jurídicas disponíveis, despontou o emprego de anteriores precedentes judiciais no *common law*, pelos quais contratos celebrados com determinação de impedir o exercício de atividade econômica (*contracts on restraint of trade*) poderiam ser nulificados.

Desse modo, independentemente da edição de leis específicas (*statutes*), desenvolveu-se no *common law* inglês um conjunto de decisões tratando da eventual nulidade de cláusulas contratuais, quando elas estabeleciam obrigação de o contratante não exercer determinado ofício ou atividade econômica.

Fundamentada em linha de decisões judiciais cuja memória remonta ao séc. XV¹⁰, no séc. XVIII¹¹ já se encontrava estabelecida,

10 *Dyer's Case* (1414), 2 Hen. 5, Pasc. Pl 26.

11 *Mitchell v. Reynolds* (1711), 1 P. Wms 181.

na tradição jurídica anglo-americana, a proibição dessas cláusulas, por vedação apoiada em dois eixos principais. Pelo primeiro, indagava-se sobre a presença de comutatividade razoável a sustentar o contrato (*consideration*). Pelo segundo, observava-se se a restrição não violaria a necessidade geral de que a atividade fosse prestada à sociedade pelo contratualmente impedido, caso em que a nulidade poderia ser declarada em proteção ao interesse público, deste modo, por razões de ordem pública (*public policy*)¹².

Nessa moldura, tais acordos não eram considerados nulos de *per se*. A restrição poderia ser considerada válida ou ilegal, de acordo com os demais aspectos do negócio e seus efeitos para a sociedade. Ou, como colocado pela doutrina da época¹³:

Conclui-se, portanto, que o verdadeiro teste, ao se considerar a legalidade de um acordo ou condição que restringe a atividade econômica, não é se a restrição envolve inteiramente o Estado ou o país, mas se a restrição é **razoável**; e, para responder a essa questão, o tribunal avaliará se a restrição é necessária para a proteção do contratante e não prejudica a sociedade.¹⁴

Ocorre que, até o séc. XVIII, a tônica dos casos judiciais que formaram essa doutrina se concentrava no debate de cláusula acessória, posta em negócio no qual o artesão ou o comerciante alienava seu estabelecimento, ou parte dele, com celebração de pacto de não exercer atividade ou comércio¹⁵.

Nos EUA da segunda metade do séc. XIX, porém, as cortes estaduais se utilizaram dessa construção jurisprudencial para, ampliando a doutrina subjacente, julgar litígios em que empresários

12 HEYDON, 1971.

13 EATON, 1890, p. 135.

14 No original: “*We conclude, therefore, that the true test, in considering the legality of a condition or covenant in restraint of trade, is not whether the restraint covers the whole State or Nation, but it is whether the restraint is reasonable; and in determining this question the court will inquire whether it is necessary for the protection of the complainant, and is not injurious to the public.*”

15 Rememore-se, no Direito brasileiro do séc. XIX, “Interdição de Concorrência na Alienação de Estabelecimento”.

combinavam o exercício conjugado de seus negócios, assim fixando preços, concedendo vantagens individuais ou dividindo mercados de atuação. Embora, por vezes, as cortes sustentassem a validade desses acordos, em outros casos nulificavam tais combinações.

Assim, nos anos anteriores à Lei Sherman, já se encontrava jurisprudência produzida pelas cortes estaduais dos EUA em que se proclamava a nulidade de acordos empresariais, de natureza acessória ou principal, inclusive por se entender que eram feitos com o propósito de promover monopólios, objetivo que se declarava contrário ao interesse público, caracterizando ilegal restrição voluntária ao exercício da atividade econômica¹⁶.

Registre-se, no entanto, o limitado alcance do instituto, como então conformado judicialmente, uma vez que ele só poderia ser aplicado em acordos, e tão-só para declará-los nulos ou inexigíveis. Ademais, apenas os acordantes poderiam buscar essa declaração em juízo, o que tornava essa medida inacessível a terceiros, fossem eles, particulares atingidos ou o Estado. Considerando os efeitos de tal limitação, algumas unidades federadas começaram a editar leis para ampliar o escopo dessas proibições, bem como para permitir a atuação repressora por sujeitos externos aos citados acordos.

3.2 LEIS ESTADUAIS ANTERIORES À LEI SHERMAN

Como referido, o contencioso entre as ferrovias e seus usuários, particularmente intenso nos Estados do EUA com economia predominantemente rural, resultou na edição de regras jurídicas locais de intervenção naqueles empreendimentos. Entretanto, tratava-se de disputa permeada por particularidades próprias às ferrovias, tal como sua qualificação como transporte de interesse público (*common carriers*), aspectos que dificultavam a transposição das novas regras para as demais atividades empresariais.

Nessa linha, em resposta à crescente ação política *anti-trust*, as unidades federadas editaram leis de caráter geral, de modo a regular acordos e atividades empresariais, para assim equacionar juridicamente os conflitos gerados pelas disputas por controle

16 MCQUILLIN, 1885.

privado da atividade econômica. Embora essa política normativa adentre no séc. XX, interessam aqui as legislações existentes quando da edição do *Lei Sherman*, aptas a repercutirem no debate sobre seu conteúdo original¹⁷.

O estudo dessas leis, editadas entre 1888 e 1890¹⁸, revela as convicções dos grupos locais a respeito do que deveria ser considerado ilícito à época. Embora tal variasse em extensão e conteúdo consoante cada legislação estadual, é possível se notar padrões regulatórios, sendo-lhes central proibir acordos empresariais para se fixar preços de bens, serviços e o respectivo volume de produção, também se autorizando o poder público a reprimi-los¹⁹.

Essas normas legisladas pelos Estados dos EUA - posteriormente a decisões políticas que, ao longo de séculos, variaram do irrestrito poder de regular a atividade econômica, como comum às monarquias absolutistas, até às agudas restrições a esse poder estatal, como trazido pelas revoluções liberais - sinalizaram uma reconstrução do poder público no sentido de ele ser capaz de impor limites aos direitos de propriedade e de contratar, e de fazê-lo fundado em razões majoritariamente de ordem econômica. Porém, a racionalização do exercício desse poder sob critérios jurídicos teve que se adaptar às estruturas estatais modernas, já permeadas por justificações e objetivos republicanos e democráticos.

Assim, um dos modos de se construir o apelo ao interesse público para justificar tais medidas, percebidas à primeira vista como direto ataque aos direitos individuais de propriedade e de contratar, foi o de alegar serem necessárias para que não se extinguisse a competição entre empresários, imaginada como fonte de

17 Cf., sobre essas leis, o disponibilizado pelo Prof. Dale Collins em <http://www.appliedantitrust.com>.

18 Estados de Iowa (1888); Kansas, Maine, Texas, Nebraska, North Carolina, Missouri e Michigan (1889); Mississippi, North Dakota, South Dakota, Tennessee e Kentucky (1890).

19 É de se notar que, antes da edição da Lei Sherman, em alguns Estados (Kansas, Texas, Michigan, Mississippi, South Dakota e Tennessee) já se previa expressamente declarar ilegais esses acordos quando atentassem contra a competição na atividade econômica. No entanto, na lei do Tennessee já se encontrava referência ao reprovável uso desses acordos para se criar “monopólios”.

relevantes ganhos econômicos e sociais, bem como de maior oferta de produtos a preços acessíveis. Por essa via, então, combater a concentração de controle privado das cadeias de produção e distribuição de bens e serviços seria essencial ao bem comum, o que se traduziu, na linguagem política, em combater a formação dos, como assim denominados, monopólios privados.

3.3 O COMBATE À CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL COMO COMBATE A MONOPÓLIOS

Em meio às profundas transformações econômicas e políticas ocorridas na Inglaterra ao longo do séc. XVII, a luta contra o poder absolutista de conceder privilégios exclusivos para o exercício de qualquer atividade econômica revelou-se questão importante. Dessa luta se originou, por exemplo, o *Statute of Monopolies* de 1623, de grande relevância simbólica para a compreensão das revoluções liberais²⁰.

No entanto, é de se considerar que, anteriormente, a concessão desses privilégios era intrínseca ao modo de funcionamento regular da economia, seja para a aristocracia ou para corporações de ofício (*guilds*), constituindo prática enraizada nas estruturas político-jurídicas da Idade Média, nelas incluídas o *common law*. Então, para combater tal prática, nomear esses diferentes direitos como monopólios, de modo a se combater o poder de concedê-los, mostrou-se de grande êxito, organizando-se a concepção de que feriam liberdade individual fundamental, a de se exercer qualquer atividade econômica, entendida como liberdade de trabalhar.

Perceba-se, porém, que a palavra, assim empregada nos séc.s XVI-XVII, nomeava tão-só concessões jurídicas estatais, ou seja, “monopólio” era o privilégio juridicamente concedido para o exercício de atividade econômica, podendo amplamente variar, em conteúdo e extensão, (e.g. sal, cartas de jogo, moinhos, portos) de acordo com as especificidades de sua outorga. Relembre-se que, diante do uso irrestrito dessa figura pela monarquia inglesa, emergiu enorme insatisfação, tanto empresarial como popular, o que

20 LETWIN, 1954.

emprestou ao termo forte apelo político, ganhando centralidade, no ideário liberal, a noção de que combater monopólios se traduzia como parte das lutas gerais por liberdade.

O ascender dessas ideias coincidiu com o período de colonização dos EUA, que receberam, como parte de sua cultura, a ideologia vitoriosa das revoluções inglesas do séc. XVII, com a memória da luta contra os monopólios absolutistas.

No séc. XIX, porém, o termo foi aproveitado para denominar um fenômeno um pouco diferente, pelo qual alguns empresários conseguiam, utilizando-se dos institutos da propriedade privada e da liberdade para contratar, excluir outros empresários de atuarem em determinada cadeia de produção e comercialização de bens (como, por exemplo, querosene) ou serviços (como, por exemplo, telégrafo), sem necessariamente se apoiar em concessão estatal, assim formando “*private monopolies*”²¹.

Ocorre que esse fenômeno se revelou complexo, pois poderia decorrer de causas distintas e por tempo e extensão territorial variáveis. Ademais, analisando-se grande diversidade de eventos, percebia-se que, ao lado daquele poder de exclusão originado de condutas chamadas de abusivas, outras posições capazes de impedir concorrentes resultavam de fatores próprios à atividade, como ainda poderiam emergir por se atuar de modo mais eficiente em determinada atividade econômica²².

Adicione-se a essas dificuldades conceituais, a particularidade de que a concessão de monopólios estatais permaneceu como prática lícita, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, quando feita em caráter excepcional (*franchises*), particularmente para os serviços e obras de interesse público que demandavam largas somas de investimento, em exemplo, pontes, estradas, transportes fluviais e, como já referido, ferrovias.

Assim, a simplicidade e a linearidade das ideias formadas no combate ao poder monárquico de conceder monopólios não se mostraram de muita utilidade para se compreender como se pro-

21 HADLEY, 1886, p. 42.

22 CLARK, 1887.

duziam efeitos econômicos e sociais próximos, embora por meios largamente diferentes. Tais perplexidades, porém, foram suplantadas pelas vantagens de se empregar o termo “monopólio” em ações políticas, particularmente nos conflitos com os empresários de ferrovias, frequentemente titulares do único serviço de transporte disponível, percepção essa que logo se deslocou para o campo jurídico.

Nesses termos, como já tratado, os tribunais estaduais dos EUA, ao avaliarem a licitude de pactos sob a ótica da *doctrine of restraint of trade*, aceitaram que, se o acordo em análise implicasse o intuito ou a constituição de situação monopolizadora de ramo de atividade econômica em determinada região, tal poderia se mostrar em oposição ao interesse público, desencadeando declaração de nulidade. Não se deve olvidar, porém, que pelas balizas do citado instituto, esse dispositivo nulificador não incidiria de modo automático e geral, mas em consonância com as especificidades de cada litígio.

3.4 COMMON LAW E A PROIBIÇÃO DE MANIPULAÇÃO DE OFERTA E PREÇOS DE BENS

A respeito de efeitos análogos a situações de monopólio, a *common law* à época apresentava precedentes que proibiam a manipulação da oferta e de preços de bens de primeira necessidade, em especial alimentos (*victuals*), a partir de decisões judiciais que se desenvolveram ainda na época medieval.

Embora originadas num contexto econômico, político e social muito distante daquele presente no séc. XIX, tal jurisprudência se orientava no sentido de que a manipulação da produção e da oferta de produtos agrícolas, se feita por intermediários com o objetivo de lucro, desse modo “encurrando o mercado” (*cornering the market*), seria legalmente reprovável, diretriz essa que fortalecia as reivindicações do movimento ruralista dos EUA, com o aspecto adicional de se incidir essa proibição independentemente da celebração de acordos pelos manipuladores.

A doutrina do séc. XIX cita, pois, as figuras de *forestalling* (intermediar a venda com o objetivo de aumentar os preços), *engrossing* (comprar largas quantidades com antecedência para ga-

rantir o controle da revenda) e *regrating* (comprar no atacado para aumentar preços no varejo) como tipos de ilícitos que reprimiam o intermediário no comércio de alimentos, quando este agia com o objetivo central de elevar os preços^{23 24}.

Embora tipos jurídicos de uso quase obsoleto à época, sua identificação como vigentes no *common law*, bem como a analogia feita entre eles e “monopolizar”, auxiliava o argumento, compatível com a tradição anglo-americana, no sentido de que, ao se reprimir “monopólios privados”, não se estaria criando direito novo, mas apenas se aplicando o já estabelecido pelo *common law*. Por essa via, o sentido de “monopolizar” seria o de se alcançar, por meios privados, posição exclusiva (*to engross*) no comércio de determinado bem²⁵.

3.5 PROTEÇÃO DA COMPETIÇÃO EM FACE DOS ACORDOS EMPRESARIAIS

Um aspecto de destaque a respeito de se combater acordos empresariais e os chamados monopólios privados, no período em tela, consistia na crença, então generalizada na sociedade dos EUA, nos axiomas formulados pela escola clássica de economia, dentre eles a sugestão de que a competição entre atores econômicos seria sempre benéfica, enquanto sua supressão, sempre negativa. Por essa ordem de ideias, atuar contra a competição de empresários, trabalhadores e consumidores desdobrava-se em agir contra o interesse comum²⁶.

23 DANA, 1894, p. 343-347.

24 Registre-se, no entanto, que essas figuras medievais, por condenarem o comércio de modo indistinto, já eram fortemente criticadas à época, uma vez que se opunham ao pensamento econômico majoritário (*laissez-faire*). Tornou-se notório o trecho em que Adam Smith, na obra seminal *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, equiparava o receio popular a essas ações mercantis ao medo de feitiçaria. No original: “*The popular fear of engrossing or forestalling may be compared to the popular terrors and suspicions of witchcraft*”

25 ADLER, 1917.

26 HOVENKAMP, 1991.

Não surpreende, pois, que essa convicção ideológica interferisse nas disputas políticas aqui referidas, repercutindo na jurisprudência, como se vê no trecho de decisão a seguir transcrito²⁷:

A ordem pública, indubitavelmente, protege a competição na atividade econômica, de modo a que os bens possam ser adquiridos pelo consumidor pelo menor preço possível; bem como se opõe aos monopólios, que tendem a elevar os preços de mercado, dessa maneira causando danos à sociedade em geral²⁸ (Cent. Ohio Salt Co. v. Guthrie, 35 Ohio St. 666, 672 (1880)

E de modo similar, a respeito das organizações de trabalhadores²⁹:

(...) e todas as associações constituídas para interferirem na completa liberdade de os empregadores administrarem e controlarem seus empreendimentos lícitos, ou para ditarem de qualquer modo como essas atividades devem ser conduzidas, por meio de ameaças, por interferência em direitos de propriedade, de comércio ou de contratar pessoas, ou de qualquer modo diminuïrem tais direitos – são, nessa medida, combinações ilícitas³⁰ (Old Dominion Steam-Ship Co. v. McKenna 30 F. 48, 50 (C.C.S.D.N.Y. 1887)

Esse pensamento se refletiu em menor ou maior grau nas leis estaduais já referidas. Por exemplo, no Estado de Dakota do Sul (*South Dakota*), a lei editada em março de 1890³¹ discorreu detalha-

27 COLLINS, 2013, p. 2300.

28 No original: “*Public policy, unquestionably, favors competition in trade, to the end that its commodities may be afforded to the consumer as cheaply as possible, and is opposed to monopolies, which tend to advance market prices, to the injury of the general public*”

29 HURVITZ, 1986, p. 329.

30 No original: “*(...) and all associations designed to interfere with the perfect freedom of employers in the proper management and control of their lawful business, or to dictate in any particular the terms upon which their business shall be conducted, by means of threats of injury or loss, by interference with their property or traffic, or with their lawful employment of other persons, or designed to abridge any of these rights,- are pro tanto illegal combinations.*”

31 No original: *Unlawful Trusts and Combinations: AN ACT, to Declare Certain Combinations, Agreements or Trusts Unlawful, and to Restrain and Punish the Same.*

damente a respeito de condutas que considerava ilícitas, proibindo acordos que de qualquer maneira obstassem a livre, justa e plena competição (*free, fair and full competition*), bem como tentassem vender quaisquer bens acima do custo razoável de produção (*beyond the reasonable cost the production*) ou produtos agrícolas abaixo do valor que teriam no mercado (*less than such products are really worth at the time of sale*), não fosse o acordo ilegal.

Evidentemente, essas regras pressupunham razoável consenso dos legisladores a respeito das situações a que se referiam, geralmente considerando que custos de produção e preços finais resultariam das interações decorrentes do comportamento individual de cada empresário ao exercer sua atividade, idealizando-se ordem econômica qualificada como espontânea e natural, onde pessoas em igualdade livremente decidiam e contratavam trocas econômicas. Assim, tal ordem, chamada de natural, poderia ser atacada, tanto por preços de monopólio como por preços predatórios, em detrimento de preços definidos por competição³².

Entretanto, cabe ressaltar que, no último quarto do séc. XIX, o pensamento econômico especializado já questionava amplamente a ortodoxia de tais suposições, reconhecendo não só a complexidade das questões trazidas pela nova ordem industrial, como também que nela a competição poderia se mostrar, em alguns casos, destrutiva (*ruinous*). Por essa linha de argumentação, a imaginada antítese entre competição empresarial e os acordos empresariais celebrados para mitigá-la ou evitá-la seria falsa, cabendo sopesar, de acordo com a natureza de cada atividade, quando se mostraria necessário impedir que a competição sem limites impedisse a remuneração da atividade, acarretando a ruína dos competidores³³.

Assim, em 1890, a edição de normas jurídicas com o escopo de combater de modo amplo o exercício de poder empresarial concentrado já era realidade em vários Estados dos EUA, desse modo influenciando medidas do mesmo porte na esfera federal.

32 PERITZ, 1996.

33 MARSHALL, 1890.

4 A LEI SHERMAN COMO LEGISLAÇÃO FEDERAL ANTI-TRUST

Relevante considerar que o advento da Lei Sherman ocorreu sob duas balizas importantes para sua formação. A primeira se refere ao federalismo dos Estados Unidos, no qual a competência legislativa da União sofre limitações expressivas em face das unidades federadas. A outra decorre da especial feição do sistema jurídico daquele país, no qual o *common law* reconhece maior protagonismo ao Poder Judiciário, inclusive na produção de normas jurídicas (*judge-made law*), normas estas, porém, editadas a partir de decisões judiciais, por modos de atuação e implementação que largamente se diferenciam da promulgação de estatutos pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

Cabe, então, observar-se a influência desses aspectos na resultante configuração da lei em comento.

4.1 A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO FEDERAL ANTI-TRUST

O séc. XIX registrou a progressiva edição de legislações que disciplinavam de modo mais específico o exercício de atividades econômicas por particulares, destacando-se, entre elas, as ferrovias. Com efeito, na Inglaterra, a edição de um *Railway Regulation Act* já em 1840 marcou esse movimento, que se iniciou a partir de preocupações com saúde e segurança dos usuários e depois se expandiu até alcançar extensa regulação desses serviços.

Os EUA seguiram caminho similar. Todavia, de acordo com as especificidades de seu sistema federal, essa regulação se iniciou nas unidades federadas. Como as ferrovias geralmente eram instaladas a partir de concessões estaduais, o poder regulatório intrínseco a essas concessões propiciava base jurídica para a intervenção no modo de execução dos serviços e preços, sem embargo do debate a respeito de se limitar essa possibilidade a partir das Constituições dos respectivos Estados³⁴.

34 NOLL; KANAZAWA, 1994.

Em 1886, porém, a Suprema Corte dos EUA decidiu no sentido de limitar consideravelmente o poder estadual para regular ferrovias, impedindo as unidades federadas de intervir mesmo em trechos internos, quando estes interagiam com o transporte entre Estados. Na época interpretou tal competência como exclusiva à União, para assim julgar inconstitucional lei do Estado de Illinois sobre a matéria³⁵.

O preponderante caráter nacional da atividade ferroviária levou à edição de legislação federal lhe dedicada, qual seja, o *Interstate Commerce Act* de 1887, geralmente lembrado como a primeira legislação federal dos EUA voltada especificadamente a regular os principais aspectos de uma atividade econômica, no caso, as ferrovias³⁶.

Esse exemplo de dupla regulação, estadual e federal, traduz tensão básica do federalismo dos EUA, no qual a União opera por restritas competências enumeradas, que excepcionam o poder geral dos Estados. Nesse quadro, compete à União regular o comércio com nações estrangeiras, entre as unidades federadas e com as tribos indígenas³⁷. Embora o alcance dessa norma tenha sido elástico ao longo dos séculos, na época da edição da Lei Sherman sua interpretação se mostrava cercada de incertezas.

No mesmo passo, o referido entendimento, segundo o qual as lides a respeito de numerosas operações econômicas que abarcassem mais de um Estado fugiam à competência das unidades federadas, delineou um vácuo normativo e de poder adjudicatório quanto à solução dos conflitos. Desse modo, os problemas relativos a *trusts* que ultrapassassem a competência estadual, como então fixada, necessitariam de marco normativo federal para serem resolvidos.

Some-se a essa necessidade o entendimento constitucional, forte à época, de que não seria possível existir um *common law*

35 Cf. *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

36 DEMPSEY, 2002.

37 Cf. United States Constitution - Article I, Section 8, Clause 3. No original: “*the United States Congress shall have power (...) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes*”.

federal, por se considerar que a Constituição federal restringiria a competência para se criar normas, no âmbito da União, exclusivamente ao Congresso dos EUA. Tal significava que as cortes federais teriam que necessariamente se utilizar da Constituição federal ou de estatutos federais para resolver as causas de competência da União, não podendo, nem criar normas por meio de decisões, nem se valer de anteriores precedentes estaduais ou ingleses para declará-los como aplicáveis às lides federais.

Nesse contexto, a pressão política *anti-trust* chegou ao Legislativo dos EUA com sólidos argumentos no sentido de se editar uma legislação federal tratando da matéria.

4.2 A LEGISLAÇÃO PROMULGADA: A LEI SHERMAN

Dialogando com as balizas jurídicas presentes no final do séc. XIX, a lei resultante, restrita à competência da União, ou seja, para atividades econômicas que ultrapassem um Estado ou fossem realizadas em Território Federal ou no Distrito Federal, afastou-se do modo de legislar que fora adotado em várias leis estaduais, assim evitando tipificar condutas de modo detalhado e deixando claro, em seu título, que o estatuto se orientava apenas contra restrições e monopólios que fossem considerados ilícitos³⁸. Ela resultou organizada em oito cláusulas (*sections*), como a seguir sintetizado:

A primeira (para os Estados) e a terceira (para o Distrito Federal e Territórios) cláusulas declararam que quaisquer acordos (*combinations*), neles incluídos contratos e *trusts*, feitos para estabelecer restrição de atividade econômica ou de comércio (*in restraint of trade ou commerce*) eram ilegais, e os responsáveis deveriam ser condenados por contravenção, passível de ser punida por multa, prisão, ou ambas, como melhor entendesse o Judiciário (*...at discretion of the court*).

A segunda estabeleceu que quem monopolizasse, ou tentasse monopolizar (*...shall monopolize, or attempt to monopolize...*), parte de atividade econômica ou comércio entre Estados ou com nações

38 No original: *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies.*

estrangeiras, ou fazer acordos para tanto, deveria ser condenado por contravenção, passível de ser punida por multa, prisão, ou ambas, como melhor entendesse o Judiciário (...*at discretion of the court*).

A quarta cláusula, expressamente atribuindo aos juizes federais a jurisdição a respeito da matéria, instituiu o dever de a União, por seu Executivo, processar os envolvidos. Adicionalmente, deixou claro que nessas ações estavam também autorizados os procedimentos inibitórios característicos da *Equity*.

A quinta cláusula autorizou que poderia se determinar a qualquer pessoa que comparecesse para depor, independentemente do local do processo.

A sexta cláusula permitiu o confisco de quaisquer bens cuja propriedade decorresse das atividades proibidas pela primeira cláusula.

A sétima cláusula permitiu a qualquer prejudicado pelas condutas proibidas nas seções antecedentes a processar os envolvidos e pedir o triplo dos prejuízos sofridos, mais custas e honorários de advogado.

Por fim, a oitava cláusula esclareceu que as pessoas a que se referiam as cláusulas anteriores poderiam ser tanto naturais como jurídicas (*corporations and associations*), nacionais ou estrangeiras.

Chamam atenção, pois, três aspectos que se destacam na conformação da Lei Sherman, quais sejam, a) a sua condição como lei federal, em face das competências da União e dos Estados; b) a conceituação dos ilícitos; e c) o modo de combatê-los.

4.3 A LEI SHERMAN COMO LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE O COMÉRCIO

A expressa ressalva, posta nas cláusulas primeira e terceira, de que a lei se concentrava em regular atividade econômica ou comércio que envolvesse mais de um Estado (...*trade or commerce among the several States*) indica a dimensão da preocupação de os legisladores evitarem questionamentos de ordem constitucional a respeito de a norma federal invadir a competência das unidades federadas.

Exemplos desse comércio interestadual, na época, já eram abundantes. A compra massiva de matéria-prima pelos industriais

acarretava seu trânsito do Estado produtor àquele de localização das respectivas indústrias, as quais, cada vez mais operando em economia de escala, concentravam suas plantas de produção. Assim, a venda de produtos, tais como, carvão, carne, petróleo e algodão, por exemplo, progressivamente era celebrada com compradores que se associavam ou se consolidavam em outros Estados, como a própria *Standard Oil*, ou como os empresários de carne refrigerada, baseados principalmente na cidade de Chicago, conduzindo-se o transporte dessas mercadorias, na maioria dos casos, por ferrovias.

Desse modo, um dos critérios principais de alcance da norma em tela restou dependente da extensão do poder de a União regular a atividade econômica em sobreposição aos Estados, nos termos da *commerce clause* da Constituição federal. Esse aspecto, somado à possibilidade de uma lei federal limitar os direitos de propriedade e de contratar, matérias então ordinariamente de competência estadual, mas também concebidos como direitos federais constitucionais, já permite antever os motivos da repercussão constitucional que envolverá o tema, bem como o papel que a Suprema Corte dos EUA exercerá em sua interpretação.

4.4 A CONCEITUAÇÃO DE ILÍCITOS ECONÔMICOS PELA LEI SHERMAN

Como referido, foram criados dois grupos de ilícitos: os referentes a acordos que restringiam atividade econômica ou comércio (*in restraint of trade or commerce*) e os relativos a se monopolizar, ou tentar monopolizar (...*shall monopolize, or attempt to monopolize...*), parte de atividade econômica ou comércio. No entanto, a lei silenciou a respeito do preciso significado jurídico que seria atribuído a essas palavras. Questionados a respeito da evidente indeterminação desses termos, alguns legisladores se defenderam esgrimindo o argumento de que o significado dessas figuras legais já estaria definido pelo *common law*, sendo o objetivo da Lei Sherman tão-só o de permitir que fossem aplicadas na esfera federal.

Sobre essa escolha, é conhecido o fato de que o projeto de lei apresentado pelo Senador Sherman foi em grande medida refeito pela comissão judiciária do Senado dos EUA, resultando em

lei cujo texto, em sua versão final, não se referiu explicitamente à concorrência (*competition*). Essa ausência bem demonstra quão polêmico e conflitante o tema já se mostrava à época, como se depreende desse trecho dos debates no Senado dos EUA a respeito da inicial proposta de lei³⁹:

Em outras palavras, este projeto de lei é proposto sobre o falso pressuposto que toda competição é benéfica ao país, e que qualquer aumento de preço é danoso ao país. Este é o pressuposto deste projeto de lei. Porém: nunca houve falácia maior neste mundo. A concorrência, como este projeto estabelece para ocorrer entre duas pessoas em geral, obrigatoriamente será integral e livre. Concorrência sem restrições é guerra brutal e danosa para todo o país. ⁴⁰ (Sen. Platt)

Por outro lado, o consenso político-social a respeito de se disciplinar as ações de empresários que comandavam grandes concentrações de capital, como representado nos discursos de se combater *trusts* e *private monopolies*, encontrou forte ressonância no Congresso dos EUA, que não ofereceu maiores resistências a que se editasse legislação nesse sentido.

Já se mostrava evidente, porém, a dificuldade de se generalizar regras a respeito desses fenômenos, uma vez que os alvos centrais das legislações estaduais, quais sejam, os acordos a respeito de preços, bem como a escolha arbitrária a respeito de com quem contratar e em que condições fazê-lo, revelavam-se, ora como instrumentos aconselháveis ao exercício de atividades econômicas por particulares, ora como estratégias utilizadas com o maior objetivo de impedir a atuação de concorrentes e manipular preços.

Assim, o Congresso do EUA resolveu por atribuir ao Judiciário a tarefa de especificar as condutas a serem combatidas como ilícitos, optando por legislar mediante normas assemelhadas a

39 FINCH, 1902, p. 251.

40 No original: *In other words, this bill proceeds upon the false assumption that all competition is beneficent to the country, and that every advance of price is an injury to the country. That is the assumption upon which this bill proceeds. Then; never was a greater fallacy in the world. Competition, which this bill provides for as between any two persons, must be full and free. Unrestricted competition is brutal warfare, and injurious to the whole country.*

diretrizes, ou padrões, de conduta juridicamente vinculantes (*standards*), em vez de logo oferecer a tipificação detalhada de ilícitos por regras (*rules*).

Sobre essa técnica, cabe registrar que a distinção entre *rules* e *standards* remete ao tradicional pensamento jurídico dos EUA no qual o Direito (*Law*) operaria principalmente por regras estritas (*rules*), princípios (*principles*), conceitos (*conceptions*) e padrões de conduta (*legal standards of conduct*)⁴¹. Ademais, essa tradição permite que o Judiciário, a partir de padrões (*standards*) postos pelo legislador, também crie regras estritas, como esclarece a doutrina⁴²:

A distinção prática entre regras e padrões de conduta é evidente no direito antitruste. Nessa área, os tribunais vêm doutrinariamente definindo algumas condutas como ilícitas de per se, assim estabelecendo sua ilegalidade como decorrente de aplicação de regras. Outras condutas vêm sendo julgadas pela “regra da razão” - esta, mais próxima de padrões legais de conduta. Neste caso, tais condutas poderão se consideradas ilegais ou não, conforme suas circunstâncias.⁴³

4.5 AS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI SHERMAN

Embora os legisladores federais tenham se referido ao *common law* como fundamento primeiro da Lei Sherman, percebe-se, ao se observar as penalidades estabelecidas, dimensão punitiva bem mais severa dos que as nulidades e ressarcimentos típicos daquele sistema de direito jurisprudencial.

Inicialmente, é de se sublinhar o caráter penal da norma, com previsão de prisão aos envolvidos. Nessa linha, a determinação de que a União atue de ofício, a possibilidade de concessão de medidas inibitórias (*injunctions*) e de confisco de propriedade

41 POUND, 1922, p. 117.

42 CROSS; JACOBI; TILLER, 2012, p. 16.

43 No original: “*The practical distinction between rules and standards is evident from antitrust law. In this field, courts have doctrinally defined certain actions as per se violations of the law, thus establishing their illegality as a rule. Other actions have been judged by the more standard-like “rule of reason”—these actions may be illegal or not, depending upon the circumstances.*”

delineiam o expressivo caráter de interesse público que permeia a regulação adotada.

Inclusive no campo civil, a previsão de que os particulares poderão processar os envolvidos e pedir o triplo dos prejuízos sofridos, como, aliás, previsto no *Statute of Monopolies* de 1623, revela, além da autorização de ressarcimento por danos, que foram adicionadas feições pedagógica e punitiva a esse modo de se estabelecer a indenização correspondente.

5 CONCLUSÃO

O contexto histórico da edição da Lei Sherman revela duas dimensões determinantes para o texto final: a certeza a respeito de que determinadas questões econômicas mereciam ser regulamentadas e a incerteza a respeito de quais soluções implementar.

Os registros também esclarecem que os legisladores se encontravam premidos entre embates de grande magnitude, distribuídos por vários planos. No campo econômico, o grande empresariado confrontava empresários de menor peso e trabalhadores. No campo político, além de se afirmarem novos grupos de pressão social, rurais e urbanos, ocorriam diversos atritos de natureza estatal - entre Estados com interesses diversos (agrícolas e industriais), entre estes e a União (competências estaduais e federais) e entre os próprios poderes da União (Legislativo e Judiciário) - sobre questões de fundo que levariam décadas para encontrar desfechos estáveis.

Junte-se a esse difícil quadro, as incertezas trazidas pelo pensamento econômico do período, imerso em processos de revisão de axiomas e metodologia, diante de fenômenos econômicos inéditos, que apresentavam características então pouco estudadas.

Não surpreende, pois, que o Congresso dos EUA tenha preferido, quanto à definição de ilícitos, manejar padrões legais de conduta ao invés de regras detalhadas, para assim chegar a um resultado que sobrevivesse às múltiplas forças em confronto na época, aproveitando-se de um sistema jurídico complexo, capaz inclusive de acomodar tipos penais assim construídos.

Por outro lado, indubitável a necessidade de se tomar medidas para que as instituições políticas não sucumbissem ao crescente

acúmulo de poder empresarial desencadeado pelos acordos e agregações de capital e o conseqüente domínio de mercados.

Vacilantes sobre como contrastar vantagens e desvantagens advindas das ações de empresários, mas com a convicção de estarem diante de recorrentes abusos viabilizados por abissal desequilíbrio de poder, os EUA editaram lei que autorizou o Estado a se utilizar de sua plena capacidade repressiva e punitiva, uma vez demonstrado, caso a caso, que os efeitos do controle concentrado das cadeias de produção e comercialização de bens e serviços por particulares mostrava-se mais danoso que benéfico ao bem-estar da sociedade.

Essa autorização, que implementa relevante limite aos direitos fundamentais de propriedade e de contratar, permanece incólume.

REFERÊNCIAS

ADAMS JR, C. A Chapter of Erie. *The North American Review*, vol. 109, No. 224 (Jul. 1869), pp. 30-106.

ADLER, E. Monopolizing at Common Law and under Section Two of the Lei Sherman. *Harvard Law Review*, Vol. 31, No. 2 (Dec. 1917), pp. 246-270.

CHANDLER, A. *Strategy and Structure: Chapters in the History of the Industrial Enterprise*. Cambridge: The MIT Press, 1962.

CLARK, J. The Limits of Competition. *Political Science Quarterly*, Vol. 2, No. 1 (Mar., 1887), pp. 45-61.

COLLINS, D. *Applied Antitrust Law*. In: <http://www.appliedantitrust.com/>. Acesso em 10/08/2018.

COLLINS, W. Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, 81 *Fordham L. Rev.* 2279 (2013)

CROSS, F., JACOBI, T., & TILLER, E. (2012). A Positive Political Theory of Rules and Standards. *University of Illinois Law Review*, 2012(1), 1-41.

DANA, W. "Monopoly" under the National Anti-trust Act. *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 6 (Jan. 25, 1894), pp. 338-355.

DEMPSEY, P. The Rise and Fall of the Interstate Commerce Commission: The Tortuous Path From Regulation to Deregulation of America's Infrastructure, 95 *Marq. L. Rev.* 1151 (2012)

EATON, A. On Contracts in Restraint of Trade. *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 3 (Oct. 15, 1890), pp. 128-137.

FINCH, J. *Bills and Debates in Congress Relating to Trusts*. Washington: Government Printing Office, 1902.

HADLEY, A. Private Monopolies and Public Rights. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 1, No. 1 (Oct., 1886), pp. 28-44.

HEYDON, J. *The Restraint of Trade Doctrine*. London: Butterworths, 1971.

HOVENKAMP, H. *Enterprise and American Law: 1836-1937*. London: Harvard University Press, 1991.

HURVITZ, H. American Labor Law and the Doctrine of Entrepreneurial Property Rights: Boycotts, Courts, and the Juridical Reorientation of 1886-1895, 8 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 307 (1986).

KANAZAWA, M.; NOLI, R. The Origins of State Railroad Regulation: The Illinois Constitution. In: GOLDIN, G. e GARY, D. *A Historical Approach to Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994 (p. 13 - 54).

LETWIN, W. The English Common Law Concerning Monopolies, 21 *U. Chi. L. Rev.* 355, 362 (1954).

LLOYD, H. The Story of a Great Monopoly. *The Atlantic*. March 1881. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1881/03/the-story-of-a-great-monopoly/306019/>. Acesso em 10/08/2018.

MARSHALL, A. Some Aspects of Competition. *Journal of the Royal Statistical Society*, Vol. 53, No. 4 (Dec. 1890), pp. 612-643.

MCQUILLIN, E. Validity of Contracts in Restraint of Trade. *The American Law Register* (1852-1891), Vol. 33, No. 4, New Series Volume 24 (Apr. 1885), pp. 217-230.

PERITZ, R. *Competition Policy in America, 1888-1892: History, Rhetoric, Law*. New York: Oxford University Press, 1996.

POUND, R. **An Introduction to the Philosophy of Law.** *New Haven: Yale University Press, 1922.*

SCHWARTZ, B. **The Law in America.** New York: McGraw-. Hill Book Co., 1974.

W.B.J. County Subscriptions to Railroad Corporations. **The American Law Register** (1852-1891), Vol. 20, No. 12, New Series Volume 11(Dec. 1872), pp. 737-745.

Recebido em: 10/08/2018

Aprovado em: 05/11/2018