

DECLARAR ILEGAIS OS MÉTODOS INJUSTOS DE COMPETIÇÃO COMERCIAL: A CRIAÇÃO DA FEDERAL TRADE COMMISSION E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

DECLARING THE UNFAIR METHODS OF COMPETITION IN COMMERCE UNLAWFUL: THE FOUNDING OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION AND ITS REPERCUSSION ON THE BRAZILIAN ANTITRUST LAW

DAVI MONTEIRO DINIZ*

RESUMO

A Federal Trade Commission (FTC) foi criada nos Estados Unidos como uma agência reguladora independente *antitrust*. Este ensaio estuda as razões que levaram à criação da FTC, os problemas que se almejava solucionar com sua instituição, bem como os meios legalmente lhe disponibilizados para tanto, quando de sua criação em 1914. Com esse objetivo, analisa tanto as questões administrativas como as de combate *antitrust* que se colocavam aos EUA no início do século XX, com ênfase na sua dimensão jurídica. Ao final, procura demarcar em que medida tais escolhas posteriormente influenciaram o Direito brasileiro, particularmente quanto à forma atual do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal brasileira encarregada da defesa da concorrência.

PALAVRAS-CHAVES: Agência Reguladora. Federal Trade Commission. Métodos Injustos de Concorrência. Direito Econômico. Direito Comparado. CADE.

ABSTRACT

The Federal Trade Commission (FTC) was established in the United States as an independent regulatory antitrust agency. This essay examines the rationale behind the founding of the FTC, the problems it aimed to address, and the legal mechanisms at its disposal upon its inception in 1914. In pursuit of this objective, it analyzes both administrative issues and antitrust challenges faced by the United States in the early 20th century, with a focus on their legal dimension. Finally, it seeks to delineate how these pivotal choices influenced the Brazilian law, especially the present structure of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), the Brazilian federal antitrust agency.

KEYWORDS: Regulatory Agency. Federal Trade Commission. Unfair Methods of Competition. Economic Law. Comparative Law. CADE.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO ANTITRUST NOS EUA. 2.1 Implicações políticas do debate antitrust nos EUA no início do século XX. 2.2. Administração pública e a Interstate Commerce Commission.

* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Legum Magister (LL.M) in Comparative Law pela University of Florida. Professor na Faculdade de Direito da UFMG.
E-mail: gmdodavi@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3851-247X>.

3. ANTECEDENTES ANTITRUST À CRIAÇÃO DA FTC. 3.1. Questões legislativas antitrust subjacentes à criação da FTC. 4. A LEI DE CRIAÇÃO DA FTC. 4.1 Dos métodos injustos de competição comercial. 4.2. Procedimentos. 4.3 Inserção da FTC no sistema antitrust. 5. APROXIMAÇÃO DAS FORMAS INSTITUCIONAIS DA FTC E DO CADE. 6. CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O início do século XX nos Estados Unidos da América-EUA foi marcado por significativas mudanças econômicas e intensos conflitos sociais, chegando ao ponto de, em setembro de 1901, um operário desempregado, Leon Czolgosz, assassinar o então presidente William McKinley, ocasionando a sua substituição pelo vice-presidente Theodore Roosevelt. De modo a governar nesse turbulento período, o novo mandatário adotou medidas de intervenção da União na ordenação do país, assim buscando sobrepô-la às unidades federadas, movimento no qual ele também lutou para alargar o Poder Executivo federal. Alcançando relativo sucesso, Theodore Roosevelt conseguiu, até o final de seu segundo mandato, no ano de 1909, aprovar leis ampliando a presença da União na regulação da ordem econômica, em especial por meio da expansão da sua estrutura administrativa. Dentre suas realizações, consolidou-se o poder federal de inspecionar a fabricação e o comércio de alimentos, pela edição do *the Pure Food and Drug Act of 1906*, bem como promulgou-se legislação declarando inequívoca a competência da agência de fiscalização das ferrovias criada em 1887, a *Interstate Commerce Commission-ICC*, para regular preços cobrados pelos empresários naquela atividade, consoante o *the Hepburn Act of 1906*.

Entretanto, sem embargo de questões específicas a alimentos e ferrovias, naquele período se ampliava, nos EUA, um movimento de concentrações empresariais pelo qual várias empresas alcançaram posição dominante nas suas respectivas áreas de atuação. De modo amplo chamadas de *trusts*, estas organizações, ora mediante acordos (*combinations*), ora se institucionalizando como pessoas jurídicas (*corporations*), cada vez mais extrapolavam o âmbito territorial de um estado para assim operar em escala nacional, desse modo colocando tais questões sob a competência dos poderes federais.

A esse respeito, o principal instrumento jurídico até então instituído pela União para lidar com os *trusts*, a Lei Sherman de 1890, foi conformado de modo a resolver conflitos em juízo, a partir de ações oferecidas pela União ou por particulares contra grandes empresários. Nesse quadro, a atuação federal *antitrust* passou a depender, em sua maior parte, de o Poder Executivo processar em juízo os então chamados *trusts*. Embora filiado ao partido Republicano, Theodore Roosevelt não só estimulou o uso dessas ações judiciais, como também

ampliou a estrutura administrativa voltada a acompanhar o crescimento das empresas industriais, criando uma Secretaria Federal de Comércio e Trabalho (*United States Department of Commerce and Labor*) e nela, um órgão federal de estudos, o *Bureau of Corporations*, iniciativas que destoaram da então abordagem tradicional de seu partido.

Tais medidas, como antes assinalado, inseriram-se num quadro mais amplo da trajetória percorrida pelos EUA naquele período, caminho no qual, embora fosse notório o desenvolvimento trazido pela industrialização, esse crescimento econômico se mesclava com problemas sociais de natureza e alcance até então inéditos, pelo que se demandou maior participação estatal federal na regulação da atividade econômica. Assim, no início do século XX, os EUA, levando em conta as vantagens observadas nos Estados europeus com similar experiência no tema, reconheceram a necessidade de maior presença do poder público nas relações sociais e progressivamente expandiram a sua administração pública, tanto para prestar serviços à população como para fiscalizar e regular as atividades profissionais. Essa construção do que denominaram de *administrative state* acontecerá, porém, sem existir previsão constitucional expressa nesse sentido, potencializando as dificuldades jurídicas decorrentes, especialmente no plano federal.

Nesse contexto, a criação da *Federal Trade Commission-FTC*, em 1914, acompanhou o alargamento do poder do Estado federal nos EUA, particularmente no que concerne a sua dimensão administrativa, cuja ampliação exigiu mudanças relevantes no equilíbrio, tanto das atribuições da União e das unidades federadas, como dos poderes da União entre si e, por certo, da relação desta com particulares.

Por outro lado, a criação da FTC também se ligou aos debates *antitrust*, os quais ganharam grande relevância nesse período, não apenas em face da mobilização popular contra os *trusts*, mas também em razão da renhida competição em curso entre empresários, cuja distribuição heterogênea de interesses repercutia na atuação do Congresso dos EUA. Nessa época, ele era composto por deputados eleitos diretamente para a Câmara federal (*House of Representatives*) e por dois representantes para cada unidade federada, os quais então eram selecionados pelas legislaturas estaduais para integrar o Senado (*Senate*), o que só foi modificado com a ratificação da décima-sétima emenda à Constituição dos EUA, em abril de 1913.

A partir de tais condições, este ensaio estuda as razões que levaram à criação da FTC, os problemas que se almejava solucionar com a sua fundação, bem como os meios legais disponibilizados para tal propósito, de modo a contribuir para os estudos de direito comparado sobre o tema. Como posto acima, ele se propõe a analisar tanto as questões administrativas federais como as de combate *antitrust* que se colocavam aos EUA do início do século XX,

priorizando a sua dimensão jurídica. Procura, desse modo, compreender como a defesa da concorrência ultrapassou o modelo clássico liberal de exigibilidade de direitos mediante ações judiciais para também engajar a administração pública nessa tarefa.

Em razão de o direito *antitrust* ter sido desenvolvido pelo sistema jurídico dos EUA, a perspectiva adotada considerou que conhecer como os seus institutos foram elaborados mostra-se importante aos ordenamentos que neles se inspiraram quando também disciplinaram o tema. A pesquisa elaborada com esse escopo se concentrou na identificação das questões que levaram à criação da FTC, quando da passagem, nos EUA, dos compromissos políticos às resultantes normas jurídicas, o que se buscou demarcar dissociando-se aspectos estruturantes daqueles com feição mais circunstancial, a partir das informações e análises articuladas pela doutrina. Para tanto, selecionou-se um conjunto de obras acadêmicas dos EUA que trataram dos cenários político e jurídico de criação da FTC, inclusive as publicadas naquela época e aptas a esclarecer lacunas e discordâncias observadas nos textos mais recentes.

A narrativa resultante teve como principal fio condutor as insatisfações sobre a aplicação da Lei Sherman de 1890 e os esforços para torná-la mais efetiva, o que desencadeou a promulgação de outros dois estatutos em 1914, a Lei Clayton e a lei que instituiu a FTC, eventos que completaram o período formador do direito *antitrust* nos EUA.

Ao arrematá-la, percebeu-se a influência do Direito dos EUA na configuração de características centrais ao sistema de defesa da concorrência brasileiro, destacando-se a proximidade entre a FTC e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, seja na composição dos particulares aspectos institucionais que distinguem este órgão administrativo, seja no seu modo específico de regular a concorrência. Tal permitiu comparar esses órgãos com vista a colaborar com o debate sobre as escolhas brasileiras, ponderando-se que, quanto mais ele for informado, menor será o risco de elas serem fragilizadas por eventual assimetria de informações a respeito de fatos acontecidos em país de singular tradição jurídica.

Espera-se, por tudo, que, conjugado com as demais considerações deste artigo, o contraste entre os referidos órgãos administrativos dos EUA e do Brasil subsidie futuras reflexões sobre o aperfeiçoamento do CADE, municiando as averiguações sobre se os motivos de sua instituição e da definição de seu *modus operandi* continuam presentes e relevantes, como também se o substancial paralelismo institucional aqui identificado permanece devidamente justificado, passados mais de cem anos desde a fundação da FTC.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO ANTITRUST NOS EUA

2.1 IMPLICAÇÕES POLÍTICAS DO DEBATE ANTITRUST NOS EUA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

Ao findar o século XIX, os problemas que se acirravam nos EUA relativamente às concentrações industriais¹ foram sumarizados num relatório de investigação do Congresso², o qual, ponderando a respeito das vantagens e desvantagens trazidas pelos *trusts*, não recomendou a sua completa eliminação, mas a sua maior fiscalização e regulamentação pela União. O documento, ao lado de constatar que, em certa medida, a concentração empresarial trazia ganhos advindos de economia de escala e de escopo, permitindo melhor gerenciamento dos estabelecimentos e com isso maior volume de produtos a preços acessíveis, também apontava para a crescente capacidade de essas organizações empregarem métodos de competição que excluía seus concorrentes do mercado, manipulando preços em diferentes partes do país para construir posições de monopólio, por vezes também adotando outras práticas injustas (*unfair*) para alcançar esse fim³.

Ressalte-se ademais que, embora a inicial motivação para promulgar a Lei Sherman de 1890⁴ se relacionasse com o enorme poder econômico obtido pelas empresas ferroviárias, nos anos subsequentes esse acúmulo de poder decorrente de concentração empresarial se expandiu para outras atividades, desse modo afetando milhares de fazendeiros, comerciantes e pequenos empresários industriais por todo os EUA. Um dos polos que congregou a reação desses pequenos e médios empresários a essas concentrações foi o movimento *antitrust*, que era direcionado a limitar o tamanho e o poder do grande empresariado, para tanto demandando que a citada lei federal fosse usada para se alcançar tal resultado.

Nesse contexto, sem embargo de a Lei Sherman também prever o ingresso de ações judiciais por particulares para pedir indenizações, os processos judiciais para a sua aplicação envolviam, principalmente, tanto a propositura das respectivas ações por procuradores federais como o seu julgamento por juízes federais, inclusive da Suprema Corte, todos esses cargos preenchidos por nomeações feitas pelo Presidente da República e aprovadas pelo Senado. Essa posição estratégica da presidência para influenciar a aplicação e interpretação da Lei Sherman se evidenciou⁵, por exemplo, quando, no final do século XIX,

1 Cf., sobre esse processo de concentração industrial, LAMOREAUX, 1985.

2 UNITED STATES OF AMERICA. Congress. Preliminary Report, 1900.

3 Ibidem, p. 34. Nele citadas como práticas desleais (seguir concorrentes, subornar empregados).

4 Cf., sobre a Lei Sherman de 1890, DINIZ, 2018.

5 LETWIN, 1954.

um maior esforço do Procurador-Geral dos EUA⁶, recorrendo à Suprema Corte para reverter decisões de instâncias anteriores, ocasionou a edição de julgados⁷⁸ que revitalizaram a efetividade daquela norma federal *antitrust*.

Desse modo, a posição do chefe do Poder Executivo em relação aos *trusts* era, então, ponto importante para a obtenção de suporte político, esperando-se que um candidato com apoio do grande empresariado atuasse com menor intensidade na utilização daquela lei. Entretanto, a ascensão de Theodore Roosevelt à presidência foi por ele aproveitada para imprimir maior empenho do governo federal, empregando-se a abordagem de que se estaria diante de *trusts* justificáveis e *trusts* injustificáveis (*good and bad trusts*), e o governo precisaria de mais informações para fiscalizá-los. Assim, ele instituiu, no ano de 1903, um órgão administrativo federal (*Bureau of Corporations*)⁹ voltado a investigar e organizar informações sobre as grandes empresas, e no ano seguinte seu governo alcançou na Suprema Corte vitória judicial *antitrust* relevante¹⁰, a qual, conferindo-lhe referência publicitária como “destruidor de *trusts*” (*trustbuster*), colaborou decisivamente para sua reeleição no ano de 1904.

Nessa linha, as questões a respeito de concentrações empresariais ganhavam importância no cenário político nacional, ressaltando-se nesse debate a crescente capacidade de o Poder Executivo federal intervir no cotidiano das empresas que atuavam no comércio interestadual, inclusive em razão de questões *antitrust*. Com efeito, ao dispor sob o seu comando de um órgão técnico para estudar as corporações (*Bureau*) e outro (*Attorney-General*) para processá-las, somado ao poder constitucional de selecionar os juízes que ao final iriam aplicar a Lei Sherman, reconheceu-se na presidência relevância nesses conflitos¹¹.

Mais à frente, Theodore Roosevelt foi sucedido pelo seu Vice-Presidente, William H. Taft, também do partido Republicano, o qual, embora de perfil bem mais conservador, conseguiu se eleger presidente no ano de 1908. Durante o seu mandato, aproveitando uma sucessão de vacâncias na Suprema Corte, William Taft pôde nomear três ministros (*justices*) no ano de 1910, e outro no início de 1911, ano em que esse Tribunal, revertendo sua então recente jurisprudência anterior, retomou entendimento baseado no *common law*¹² e formou sólida maioria no sentido de que nem todo monopólio seria proibido na esfera federal, cabendo ao Poder Judiciário verificar essa questão caso a caso (*rule of reason*).

6 Attorney-General Judson Harmon, nomeado pelo Presidente Groover Cleveland.

7 *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897). O julgado foi relatado pelo Judge Rufus Wheeler Peckham, nomeado em 1895 pelo Presidente Groover Cleveland.

8 *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

9 JOHNSON, 1959.

10 *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

11 JOHNSON, 1959.

12 Cf. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) e *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

Essa orientação suscitou grande descontentamento dos que lutavam pela efetivação da política *antitrust*, inclusive no seio do partido do então Presidente da República, agremiação que já se dividia a respeito de vários temas, com os seus parlamentares se alinhando em facções progressista e conservadora. Essa divisão interna no partido Republicano não foi completamente superada, e no ano de 1912, ao tempo que William Taft tentava a reeleição, Theodore Roosevelt lançou sua candidatura pelo recente partido Progressista, participando de sufrágio marcado por fortes debates¹³, na qual também concorreriam, além de Woodrow Wilson, pelo partido Democrata, o líder trabalhista Eugene V. Debs¹⁴, pelo partido Socialista.

Com a vitória de Woodrow Wilson, um conjunto de reformas no sentido de expandir a estrutura administrativa federal foi implementada, iniciando-se por uma reformulação do sistema bancário que criou o *Board of Governors of the Federal Reserve System*¹⁵. Sobre as questões *antitrust*, o campo vitorioso considerava-se diante de um Poder Judiciário cujo novo entendimento era tido como deliberadamente vago e favorável ao grande empresariado. Assim, a proposta governamental foi a de que se editassem normas capazes de limitar a ampla discricionariedade afirmada pela Suprema Corte em suas recentes decisões sobre a matéria.

A construção dessas leis, porém, enfrentou uma série de percalços, caminho legislativo no qual ganhou apoio crescente de parlamentares e empresários o projeto de submeter a disciplina do tema a uma agência reguladora independente, capaz de auxiliar a implantar a política *antitrust* com relativa autonomia e sem interferir nos instrumentos já disponíveis aos poderes Executivo e Judiciário, o que contribuiu decisivamente para a criação da FTC.

Em consonância com as mudanças desse período, aprofundou-se o debate sobre o serviço público a ser oferecido pela União. Até a segunda metade do século XIX, considerava-se adequado, na tradição político-administrativa do país, que a grande maioria dos servidores federais fosse nomeada ou destituída ao sabor das vitórias eleitorais (*spoils system*). Porém, o assassinato do Presidente James Garfield, em 1881, por eleitor com problemas mentais, Charles Guiteau, que almejava receber um cargo público, reforçou a necessidade de estabilidade e profissionalismo na condução dos serviços públicos, editando-se regras para

13 KOLASKY, 2011. Theodore Roosevelt chegou a ser baleado durante um comício em 1912, mas sobreviveu.

14 Que fora preso em 1894 durante uma greve contra as ferrovias (*pullman strike*) por ter desobedecido (*contempt of court*) ordens emitidas pela justiça federal contra os grevistas, exaradas com apoio nas já referidas leis de comércio interestadual e Lei Sherman. A prisão foi ratificada pela Suprema Corte. Cf. *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895).

15 Cf., sobre a criação do *Board of Governors of the Federal Reserve System*, DINIZ; NEVES, 2019.

a contratação impessoal de servidores, o que se revelou um passo inicial para implantar reformas administrativas mais amplas¹⁶.

Assim, ao lado de se instituir uma crescente gama de serviços públicos em nível federal, despontou o debate sobre em que medida estes serviços poderiam ser prestados de modo profissional e permanente, com abrangência nacional e certa autonomia em relação ao poder político, nos moldes de uma burocracia que já se fazia presente nos Estados europeus¹⁷. Essa mudança do papel do Estado e a necessidade de reformulação de suas estruturas é bem sintetizada pela doutrina¹⁸:

Os anos 1877-1920 se destacaram pela emergência de um mercado nacional, a ascensão das organizações laborais em igual grandeza, os mais violentos conflitos entre capital e trabalho na história dos EUA, o crescimento de *trusts* e oligopólios dotados de poder econômico nacional e desse modo conduzidos, bem como a inserção, nesse cenário, de conflitos entre facções empresariais que se alinhavam em torno dos capitais mercantil, financeiro e industrial. Tais condições alteraram de modo profundo as demandas postas ao Estado em face de seu papel de garantidor da totalidade do sistema econômico.¹⁹

É no bojo desse debate institucional²⁰ que, em 1887, surgirá a *Interstate Commerce Commission-ICC*.

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A INTERSTATE COMMERCE COMMISSION

O imenso impacto causado pelo desenvolvimento das ferrovias, primeiro na Inglaterra e em seguida nos EUA, desencadeou a necessidade de um acompanhamento mais próximo dessa atividade pelo Estado²¹. Na Inglaterra, isso se concretizou pelo modo de o parlamento trabalhar mediante comissões, por vezes de natureza interpartidária, dessa maneira acomodando, pela escolha partidária dos respectivos participantes, o equilíbrio de forças em cada época.

16 Cf. *The Pendleton Act of 1883*.

17 Sobre esse tema, ressalte-se, pela importância do seu autor para a criação da FTC, um trabalho seminal publicado em 1887, *The Study of Administration*, cujo autor, Woodrow Wilson, então professor de Direito na faculdade *Bryn Mawr* (um dos primeiros *colleges* para mulheres nos EUA), posteriormente será eleito presidente dos EUA em 1912.

18 SKOWRONEK, 1982.

19 *Ibidem*, p. 11. No original: “*The years 1877-1920 are notable for the emergence of a nationally based market, the rise of organized labor to national prominence, the most violent struggles between capital and labor in American history, the growth of trusts and oligopolies with national orientations and national economic power, and the intrusion onto the national political scene of factional conflicts among merchant, finance, and industrial capital. Such conditions radically altered the demands on the American state in its role as guarantor of the economic system as a whole.*”

20 MASHAW, 2010.

21 Cf., na Inglaterra do séc. XIX, a progressiva concessão de poderes ao *Board of Trade* relativamente a ferrovias.

As assembleias legislativas, quando diante de matérias que demandassem especialização, mostravam-se capazes de estabelecer tais grupos de trabalho mesmo quando não fossem formados diretamente por parlamentares, assim preservando o fundamento de ação colegiada representativa.

Quanto aos EUA no século XIX, a regulação das ferrovias inicialmente se mostrou uma atribuição eminentemente estadual e parlamentar, com cada unidade decidindo a respeito de suas questões centrais, tais como, concessão de personalidade jurídica (*incorporation*), doação de terras, direito de passagem, a normatização especial dessa atividade, isenção de impostos e até a contingente concessão de direitos de exclusividade e ajuda financeira aos respectivos empresários. A partir desse quadro jurídico, os parlamentos estaduais criaram comissões para auxiliá-las a lidar com as ferrovias, fiscalizando-as e verificando o cumprimento das respectivas leis incidentes²². Em alguns casos, porém, concederam a esses órgãos poderes para que decidissem sobre o cumprimento das normas e obrigassem as empresas a cumprir as ordens decorrentes, assim permitindo a doutrina classificá-las em comissões de assessoramento (*advisory*) e comissões regulatórias (*regulative*)²³.

Esse poder regulador estadual exercido por legislaturas e respectivas comissões foi ratificado pela Suprema Corte em 1876²⁴. No entanto, diante da expansão da malha ferroviária nacional, esse tribunal decidiu, no ano de 1886, que, caracterizando-se comércio interestadual, a matéria seria de competência exclusiva da União²⁵. A combinação desses julgados permitiu se afirmar o poder federal de regular as ferrovias, tornando urgente que o Congresso estabelecesse sua disciplina normativa. Após longo embate entre as propostas da Câmara, no sentido de se editar lei regulando detalhadamente a matéria, e as do Senado, tratando de se instituir uma comissão nos moldes estaduais, este foi o modelo vitorioso, no qual foram inseridos, porém, detalhes do outro projeto sobre a regulação da atividade ferroviária, em tudo prevalecendo o consenso de que o órgão federal só atuaria quando se tratasse de comércio interestadual, como reforçado pela sua denominação (*Interstate Commerce Commission*).

22 NOLL; KANAZAWA, 1994.

23 Cf. ELLIS, 1893, p. 719-720. No original: “*Railroad commissions are then, generally speaking, of two kinds, those which are advisory, and those which are regulative. The first rely upon the inherent force and common sense of their suggestions for recognition and obedience on the part of the corporations, and a study of the reports of commissions of that class will show how seldom their recommendations are disregarded. Those on the other hand which are authorized to deal more peremptorily with the railroads, and were created for the purpose of enforcing State laws of a more oppressive character, are, if they attempt to any extent to carry out the object for which they exist, less apt from their very nature to accomplish that object without antagonizing the roads.*”

24 Cf. *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1876).

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

A respectiva lei de criação da ICC²⁶ instituiu uma comissão formada por cinco membros, escolhidos pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado, sendo que nela não mais que três deles poderiam ser indicados pelo mesmo partido político (...*Not more than three of the Commissioners shall be appointed from the same political party*). Seus principais poderes eram o de estudar e investigar as ferrovias, bem como, ao constatarem eventuais ilícitos, ordenarem sua cessação e a reparação de eventuais danos. No caso de inobservância dessas decisões, elas deveriam ser exigidas em juízo.

Vê-se que esse modo de legislar acabou por estabelecer diretrizes e proibições às ferrovias e encarregou a ICC de decidir se essas normas estariam sendo observadas pelos empresários, instituindo, assim, poder administrativo adjudicatório, mas deixando claro que a exigibilidade coercitiva das decisões, em caso de descumprimento, dependeria de se buscar o Poder Judiciário²⁷. A doutrina registra que, diante de um modelo no qual o Poder Legislativo estabeleceu normas gerais²⁸ e atribuiu a um órgão administrativo a tarefa de decidir sobre a sua observância em casos concretos, a Suprema Corte reagiu de modo defensivo, limitando de forma substancial os poderes reguladores da ICC²⁹, o que só foi revertido por novas leis expressamente tratando das competências dessa agência, editadas no início do século subsequente.

Assim, na primeira década do século XX, após a promulgação de três estatutos³⁰ relevantes ao tema, a ICC não só recebeu maiores poderes como também se instituiu uma justiça federal especializada (*commerce court*) para julgar recursos de suas decisões, ponto este que foi logo abandonado nos anos subsequentes. De todo modo, ao se anunciar a eleição presidencial de 1912, já estava presente na União um órgão administrativo permanente, com poderes reguladores expressamente estabelecidos em lei, a serem exercidos sem subordinação ao Poder Executivo, reunindo assim os elementos centrais a uma agência federal reguladora independente (*regulative agency*).

3. O COMBATE ANTITRUST ANTERIOR À CRIAÇÃO DA FTC

Uma vez estudadas, em linhas gerais, as balizas jurídicas relativas a agências reguladoras na época de criação da FTC, cabe analisar a criação

26 Cf. *Interstate Commerce Act of 1887*, ch. 104, 24 Stat. 379.

27 HOOGENBOOM; HOOGENBOOM, 1976.

28 Por exemplo, a lei estabelecia que as tarifas ferroviárias deveriam ser "(...)razoáveis e justas".

29 Cf. ELY JR. 2012, p.1134. No original: "*Clearly the federal courts were dubious about an administrative body that was an uncertain fit in the constitutional system as traditionally understood. The modern norm of a deferential attitude toward administrative bodies was not the prevailing judicial view in the late nineteenth century. Indeed, implicit in the Supreme Court decisions narrowly construing the authority of the ICC was the premise that Congress, not the Commission, was the proper policymaking body.*"

30 Cf. *The Elkins Act* (1903), *The Hepburn Act* (1906) e *The Mann-Elkins Act* (1910).

deste órgão em função dos movimentos *antitrust* daquele período, tema que então galvanizava forte mobilização política no país e que influenciou de modo substancial a eleição presidencial de 1912, na qual, com a vitória de Woodrow Wilson, o partido Democrata voltaria ao poder que havia perdido na eleição presidencial de 1896³¹.

3.1 QUESTÕES LEGISLATIVAS ANTITRUST SUBJACENTES À CRIAÇÃO DA FTC

Como visto, as bandeiras que lideraram a luta *antitrust* nos EUA do final do século XIX eram essencialmente as de se obstar monopólios privados, buscando impedir que grandes concentrações empresariais se desenvolvessem. O pensamento que se contrapôs a esse objetivo variava entre considerar tais concentrações como inevitáveis, por isso indevida a sua repressão, ou entender que elas deveriam ser acompanhadas e regulamentadas pelo poder público. No início do século seguinte, todas essas vertentes se enfrentariam em busca de uma solução jurídica permanente a esse embate.

A pauta antimonopólio era cara ao partido Democrata, cuja plataforma pregava a eliminação das grandes concentrações empresariais (*private monopolies*)³². Já os republicanos se dividiam entre uma maior ou menor regulamentação das concentrações empresariais. Adicione-se a isso que, interpretando a Lei Sherman, a Suprema Corte, após julgados contrários às concentrações, no ano de 1911 reverteu parcialmente sua posição antimonopolista, clarificando que elas não seriam necessariamente ilegais (*rule of reason*). Com a vitória eleitoral democrata em 1912, esperava-se a edição de normas que resgatassem o entendimento hermenêutico anterior. Isso foi tentado mediante quatro propostas de lei oferecidas na Câmara, posteriormente consolidadas num projeto sob a condução do deputado Henry Clayton, cujo inicial propósito era o de estabelecer sentido inequívoco à Lei Sherman, afirmando-a como absolutamente contrária a concentrações empresariais, pretendendo também reforçá-la pela criminalização de condutas empresariais que, no entender dos proponentes, levariam à formação de monopólios.

No entanto, essa abordagem recebeu duras críticas, especialmente daqueles pequenos e médios empresários que compunham a base de apoio do partido Democrata³³, e foi completamente reformulada, nela se proibindo poucas condutas, sem criminalizá-las, e tão-só vedadas quando se verificasse

31 Registre-se que a ICC foi criada e implantada no primeiro mandato do Presidente Groover Cleveland (1885-1889), eleito pelo partido Democrata.

32 Cf. the 1912 Democratic Party Platform. No original: “A *private monopoly is indefensible and intolerable (...)*We regret that the Sherman anti-trust law has received a judicial construction depriving it of much of its efficiency and we favor the enactment of legislation which will restore to the statute the strength of which it has been deprived by such interpretation.”

33 Cf., sobre essas dificuldades, WINERMAN, 2003.

que elas causavam redução substancial de competição, ou tendessem a criar um monopólio em qualquer ramo de atividade econômica (... *may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce*).

Conforme esse projeto cada vez mais se afastava de sua estrutura inicial, fortaleceu-se a proposta de que uma abordagem eficaz para evitar monopólios privados seria inibir as iniciativas de empresários com o objetivo de instituí-los e mantê-los. Uma linha de argumentação adotou o pressuposto de que tais monopólios, em última análise, seriam concentrações econômicas artificiais que só se firmavam mediante supressão da concorrência³⁴. Essa mudança de abordagem encontrou sua síntese na proposição de que se deveria regular a concorrência (*regulate competition*), ao invés de se disciplinar monopólios (*regulate monopolies*)³⁵, proposta que acabou se traduzindo juridicamente em proteger a concorrência, com posto na Lei Clayton, e em se declarar ilegais os métodos injustos de concorrência comercial, mediante disposição inserta na lei que criou a FTC.

De modo a permitir melhor consenso entre democratas e o grupo de republicanos progressistas, o projeto de lei que tratava de um órgão técnico foi alterado para se instituir nova agência reguladora independente, e com esse formato conseguiu aprovação nas duas casas do Congresso³⁶, sendo sancionado pelo Presidente Woodrow Wilson em 26 de setembro de 1914, semanas antes da Lei Clayton³⁷.

4. A LEI DE CRIAÇÃO DA FTC

A lei³⁸ que instituiu a FTC³⁹ originalmente foi promulgada com 11 capítulos (*sections*) que trataram de aspectos administrativos e medidas *antitrust*⁴⁰. Editada em uma época em que ainda não estavam presentes leis

34 Raciocínio que também permitia construir uma proposta capaz de unir democratas e republicanos progressistas.

35 Cf. BRANDEIS, 1912. No original: “*Shall we regulate competition, or shall we regulate monopoly? That means, of course, shall we legalize monopoly, and I take it that the position which is clearly drawn between the views of the new party and of others-and particularly the Democratic Party-is this: The new party claims that private monopoly in industry is in some branches desirable, or at all events is inevitable, and that the effort of the government should be confined to limiting the field of monopoly and preventing the abuses which ordinarily attend monopolies. The Democratic position, on the other hand, is that private monopoly in industry is never permissible; it is never desirable, and is not inevitable; competition can be reserved, and where it is suppressed, can be restored.*”

36 Cf., sobre detalhes dessa tramitação, STEVENS, 1914.

37 Cf., sobre a lei Clayton de 1914, DINIZ, 2019.

38 38 Stat. 717, September 26, 1914. *An Act to create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and for other purposes.*

39 HARVEY; BRADFORD, 1916.

40 BUTLER; LINDE, 1915.

administrativas federais de caráter geral e ordenador⁴¹, ela tratou de atribuições e procedimentos administrativos em muito inspirados no modelo e na experiência regulatória da ICC, de modo a direcioná-los para a sua principal tarefa, que seria a de impedir a formação e a manutenção de concentrações empresariais construídas mediante atos ilícitos de concorrência.

Assim, ela foi composta por cinco comissários com mandatos não coincidentes, de até sete anos, escolhidos pelo Presidente da República com o consentimento do Senado, sendo que não mais que três deles poderiam ser membros do mesmo partido político (*...Not more than three of the commissioners shall be members of the same political party*), podendo o Presidente removê-los por incompetência, negligência ou cometimento de ilícitos no exercício do cargo. (*Any commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office*)⁴². Também nos moldes da ICC, a lei estabeleceu a relativa presunção de veracidade dos fatos encontrados pela Comissão em suas investigações (*... The findings of the Commission as to the facts, if supported by testimony, shall be conclusive.*)⁴³ e deslocou a jurisdição de exigibilidade e impugnação das decisões da FTC para a segunda instância (*Circuit Court of Appeals*).

Um aspecto relevante da lei foi o de que a FTC absorveu a estrutura e as funções do *Bureau of Corporations*, recebendo assim poderes amplos para estudar e investigar as empresas e estabelecer procedimentos para que elas prestassem informações, excetuados os bancos e as empresas de transporte de interesse público (*common carriers*), que permaneceram, respectivamente, sob as atribuições do *Federal Reserve* e da ICC. Esse poder de investigar foi reforçado com a possibilidade de a FTC requerer depoimentos, testemunhos e a apresentação de documentos, sob pena de multa e prisão em caso de desobediência. Destaque-se ainda que, a requerimento da Procuradoria dos EUA (*U.S. Attorney-General*), a FTC poderia investigar empresas e recomendar ajustes para que elas se adequassem à legislação *antitrust*, atuando, assim, de forma não litigiosa.

A missão maior atribuída à FTC, porém, foi a de, mediante o emprego de devido processo legal em que se verificasse a presença de interesse público (*...in respect thereof would be to the interest of the public*), decidir a respeito de condutas que caracterizassem o uso de métodos injustos de competição comercial e ordenar a sua cessação, podendo exigir o cumprimento desta ordem em juízo, caso desobedecida. Nessa perspectiva, a comissão poderia proibir

41 Como se verá no *Administrative Procedure Act-APA* de 1946.

42 MANNERS; MENAND, 2021.

43 Prevendo ainda que adicionais fatos poderiam ser levados a juízo, provando-se motivo adequado para não terem sido apresentados perante a FTC.

tais condutas também de forma preventiva, evitando que se formassem as concentrações ilícitas vedadas pela Lei Sherman⁴⁴.

4.1 DOS MÉTODOS INJUSTOS DE COMPETIÇÃO COMERCIAL

Um ponto inovador colocado na lei que criou a FTC se encontra na sua quinta seção, que declara ilegais os métodos injustos de competição comercial (*That unfair methods of competition in commerce are hereby declared unlawful*), dispositivo no qual a comissão fundamenta seu poder para ordenar a cessação das respectivas condutas ilícitas⁴⁵. Esse conceito, nesta lei formulado como uma diretriz geral (*standard*), não era tradicional ao *common law*, sendo sua aparição no sistema jurídico dos EUA um evento ocorrido na passagem do século XIX ao XX.

Sobre essa inserção, lembre-se o desenvolvimento, na França do século XIX, de ações de concorrência desleal fundadas na cláusula geral de responsabilidade posta no art. 1.382 do Código Civil francês de 1804⁴⁶. Tais ações buscavam reparação por danos advindos de comerciantes que competiam adotando conduta imoral ao ponto de ser considerada ilícita, geralmente pelo uso de fraude, simulação, suborno de empregados ou coação, desse modo ocasionando prejuízos a concorrentes. Essa classe de ações era mais conhecida no sistema anglo-americano pelo termo “*passing-off*”, utilizado principalmente nos casos de uso enganador de identificações e marcas de comércio e indústria.

Registre-se também que, no final do século XIX já se encontrava, na doutrina dos EUA⁴⁷ a utilização da expressão “*unfair competition*” em referência à locução “*concurrence déloyale*”, ou seja, a respeito de ações judiciais oferecidas por competidores com apoio no fato de que a conduta ilícita do concorrente causava danos a interesses patrimoniais mercantis, tais como reputação e aviamento objetivo (*goodwill*), por essa via ilegalmente reduzindo a capacidade de o lesado exercer a atividade empresarial e obter clientela. Ademais, o termo “*unfair competition*” ingressou expressamente no direito federal dos EUA com adesão deste, no ano de 1900, ao ato adicional que inseriu, na Convenção de Paris de 1883 sobre Propriedade Industrial, a proteção contra a concorrência desleal em seu art. 10-bis, na versão em inglês traduzida por *unfair competition*.

44 Cf. AVERITT, 1980. No original: “*Section 5 will also reach conduct that threatens an incipient violation of either of those statutes. The Commission is empowered to make expert business judgments about the probable consequences of certain activities, and to prohibit those likely to result in future antitrust violations*”

45 FTC Act, Section 5. No original: (...) *The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks and common carriers, subject to the acts to regulate commerce, from using unfair methods of competition in commerce.*

46 Cf., sobre o desenvolvimento das ações de combate à concorrência desleal na França do século XIX, DINIZ, 2003.

47 MITCHELL, 1896. No mesmo sentido, uma década após, Cf. BARNETT, 1906.

O que se viu, em sequência, é que o emprego da expressão *unfair competition* nos debates *antitrust* não derivou diretamente da jurisprudência federal, mas foi uma iniciativa de órgãos do Executivo federal, como aparece no relatório anual feito no ano de 1904 pelo *Bureau of Corporations*⁴⁸, sendo um conceito sistematicamente utilizado nas ações *antitrust* promovidas pela União. Quando dos debates parlamentares a respeito de inseri-la na lei de criação da FTC, os legisladores, para evitar que o uso se limitasse ao sentido relacionado à propriedade industrial, ressaltaram a palavra “métodos” (*unfair methods of competition*)⁴⁹ para deixar claro que se tratava de noção mais ampla⁵⁰, apontando para o fato de que ela já estava presente no julgado da Suprema Corte a respeito da *Standard Oil*⁵¹.

Por essas balizas, os métodos injustos de competição que deveriam ser impedidos pela FTC seriam aqueles empregados de modo a violar as proibições das Leis Sherman e Clayton⁵², verificando-se, na jurisprudência *antitrust* da época, referências a condutas tais como manipulação de preços, discriminação em descontos, acordos de exclusividade, boicotes, falsas empresas competidoras, e até mesmo espionagem e coerção de concorrentes⁵³. Assim, a FTC foi considerada primordialmente como uma agência *antitrust*, só se adicionando as suas atribuições o combate geral às fraudes mercantis no ano de 1938, mediante expresse aditivo legal, o qual permitiu à FTC exercer seus poderes de regular,

48 Cf. UNITED STATES. GOVERNMENT. Annual Report of the Commissioner of Corporations, 1904, p. 40. No original: “*The second class of legislation, usually a part of “anti-trust” laws, but having no necessary connection with combinations or trusts, is that which prohibits rebates, discriminations, and unfair competition. This legislation is based on an entirely different principle and is fundamentally correct. It is aimed not at the restraint of combination as such, or the maintenance of competition, but at regulating the methods of competition.*”

49 RUBLEE, 1926.

50 WINERMAN, 2003.

51 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, at 221. No original: “*Without attempting to follow the elaborate averments on these subjects spread over fifty-seven pages of the printed record, it suffices to say that such averments may properly be grouped under the following heads: rebates, preferences and other discriminatory practises in favor of the combination by railroad companies; restraint and monopolization by control of pipelines, and unfair practises against competing pipelines; contracts with competitors in restraint of trade; unfair methods of competition, such as local price-cutting at the points where necessary to suppress competition; espionage of the business of competitors, the operation of bogus independent companies, and payment of rebates on oil, with the like intent;*” (destacamos)

52 Cf. STEVENS, 1916, p. 52. No original: “*In order to obtain this desired and highly necessary result our new trust legislation has prohibited unfair methods of competition and given the trade commission jurisdiction to prevent them under an arrangement which is admirably adapted for this purpose. Now the contention can be forcibly advanced that all unfair methods of competition fall within the scope of either the “restraint of trade” or “monopoly” sections of the Sherman Anti-trust Act. In other words, all acts of unfair competition are either contracts, combinations or conspiracies in restraint of trade, or else constitute monopolization, attempts to monopolize, or combinations and conspiracies to monopolies.*”

53 *Ibidem*, p. 38.

fiscalizar e fazer cumprir as leis também para proteger os consumidores contra condutas comerciais injustas ou enganadoras⁵⁴.

4.2 PROCEDIMENTOS

Com apoio na experiência da ICC, a lei também tratou de procedimentos formais para o exercício dos poderes da FTC, bem como sua interação com ações judiciais. Para ela ordenar a cessação de condutas, autos completos (*records*) deveriam registrar o procedimento adotado, que iniciavam com a intimação da pessoa acusada por elenco expresso das acusações, concedendo-lhe prazo não inferior a trinta dias para se defender, também facultando que terceiros interessados participassem desse procedimento. Na hipótese de a Comissão concluir pela presença de método ilícito de competição, ela determinaria ao infrator a cessação da respectiva conduta (*to cease and desist from using such method of competition*).

Desobedecida tal determinação, a FTC poderia requerer seu cumprimento em juízo, ingressando diretamente na segunda instância (*circuit court of appeals of the United States*) onde deveria apresentar o completo registro documental dos procedimentos adotados. O tribunal poderia autorizar a produção de provas adicionais, caso aceita justa causa para a parte não as ter apresentado durante os procedimentos administrativos e, ao final, ele deveria decidir ratificando, modificando ou negando o pedido cominatório. Desse julgamento não caberia recurso, exceto o apelo à Suprema Corte nas hipóteses permitidas aos litígios em geral (*upon certiorari*).

4.3 INSERÇÃO DA FTC NO SISTEMA ANTITRUSTE

A criação da FTC mostrou-se uma relevante adição ao sistema estatal de combate às concentrações empresariais, o qual, no final do ano de 1914, estabilizou parte significativa de seus fundamentos, como se vê a seguir.

O eixo central da disciplina *antitrust* se localiza nas determinações da Lei Sherman de 1890, no sentido de que os acordos e combinações para restringir o comércio e as ações voltadas a monopolizar mercados constituem ilícitos civis e penais que podem ser combatidos diretamente pelo Estado, ou por particulares, mediante o oferecimento de ações judiciais. Essa abordagem, de regulação mediante ações judiciais, vai ser continuada pela Lei Clayton de 1914, a qual, sem prever sanções penais, estabeleceu expressamente a ilicitude da condutas que tendessem a lesar ou efetivamente lesassem de modo substancial a concorrência, adicionando a esse rol a previsão de que também seriam ilegais as fusões e aquisições que causassem tais resultados, em tudo reforçando a possibilidade de

54 Cf. the Wheeler-Lea Act of 1938, pelo qual o texto da quinta seção do Federal Trade Commission Act foi reformulado para “(..) *Unfair methods of competition in commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are declared unlawful.*” (destacamos)

particulares ingressarem com ações judiciais para conseguir a cessação dessas ilegalidades e, em valor triplicado, as reparações decorrentes.

Já a FTC foi investida de poder administrativo e capacidade técnica para fiscalizar e ordenar a cessação de violações às referidas Leis Sherman e Clayton, sem prejuízo de ocorrer incidental revisão judicial de suas decisões, como também de necessária intervenção judicial para ela exigir obediência a seus comandos. Sua organização administrativa seguiu os parâmetros da ICC, pelos quais um órgão com autonomia administrativa e financeira, comandado por uma comissão independente nomeada pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, exerce seus poderes decidindo sobre a presença ou não de ilícitos de forma colegiada, assim regulando por adjudicação, de maneira similar ao agir dos tribunais judiciais.

5. APROXIMAÇÃO DAS FORMAS INSTITUCIONAIS DA FTC E DO CADE

Ao se comparar os originais traços distintivos da FTC com os do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE brasileiro, uma forte proximidade pode ser percebida. Em modo similar à FTC, o CADE é um órgão administrativo federal (autarquia federal) com a missão precípua de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as respectivas penalidades administrativas, que se desdobram em multas e cominações⁵⁵. Na mesma linha, ele é comandado por uma diretoria colegiada (conselheiros) cujos integrantes são nomeados pelo Presidente da República com confirmação pelo Senado federal⁵⁶ e protegidos contra demissões arbitrárias⁵⁷.

No que concerne ao seu modo de atuação, o CADE dispõe de poderes de fiscalização que são exercidos com auxílio de um departamento de estudos econômicos, o qual deve apoiar técnica e cientificamente as decisões do órgão⁵⁸. Cabe ao CADE monitorar e acompanhar as práticas empresariais, podendo requisitar informações, documentos e tomar depoimentos⁵⁹, de modo a atuar de maneira preventiva ou repressiva contra infrações à ordem econômica⁶⁰. Principalmente, o seu poder regulador se expressa pela atribuição para declarar a presença ou não de ilícitos relativos à defesa da concorrência e estabelecer proibições e sanções administrativas decorrentes⁶¹. Não sendo obedecido, o CADE deverá pedir o cumprimento de suas determinações ao Poder Judiciário⁶².

55 Lei 12.529/11, art. 4º e art. 9º, II.

56 *Ibidem*, art. 6º.

57 *Ibidem*, art. 7º.

58 *Ibidem*, art. 17.

59 *Ibidem*, art. 13, VI.

60 *Ibidem*, art. 13, II e II.

61 *Ibidem*, art. 36 e art. 88, §5º.

62 *Ibidem*, art. 93.

Quanto ao seu modo de funcionamento, o CADE deverá zelar pela defesa da concorrência mediante decisões colegiadas sobre a ilegalidade de condutas aptas a causar significativos danos, potenciais ou já concretizados, à concorrência. Para tanto, os conselheiros são organizados num tribunal administrativo⁶³, nele decidindo sobre condutas empresariais singulares que podem afetar de modo ilícito a concorrência, o que lhes permite regular mediante adjudicação. Essas decisões não poderão ser alteradas por integrantes do Poder Executivo, inclusive pelo Presidente da República⁶⁴, desse modo se estabelecendo a autonomia do poder regulador do CADE ao aplicar a lei, mas sem olvidar que tais decisões são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Certa mitigação, porém, em face das prerrogativas da FTC, pode ser percebida quanto à autonomia administrativa do CADE, pois nos demais aspectos organizacionais ele se subordina às normas gerais sobre autarquias federais, devendo encaminhar sua proposta orçamentária ao Poder Executivo⁶⁵ e aplicar as leis gerais sobre servidores públicos e licitações, com também seguir as disposições federais sobre execução orçamentária⁶⁶. Do mesmo modo, os poderes para gerir seu trabalho jurídico de forma independente (*independent agency litigation*) foram abordados na lei de regência^{67,68}, mas eles devem ser harmonizados com a previsão de reserva de atribuições de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, todas essas situações um pouco afastadas das linhas gerais de independência como atribuída à FTC⁶⁹.

Nesse quadro comparativo, observa-se que, sem embargo de a legislação brasileira sobre concorrência também receber influências de outros países, o modelo adotado na criação da FTC bem explica as feições atuais do CADE como hoje normativamente traçadas no Brasil

6. CONCLUSÃO

Uma referência política comum nos EUA, forte no período de criação da FTC, é o temor a respeito de poderes desmedidos concedidos a uma autoridade individual, em especial aos chefes do Poder Executivo, tanto em nível local como nacional. Assim, o incremento dos serviços administrativos federais pode redundar numa expansão do poder e autoridade do Presidente da República, o que suscitava ressalvas tanto dos estados como dos demais poderes da União.

63 Ibidem, art. 4°.

64 Ibidem, art. 9°, XIX, §2°.

65 Ibidem, art. 22 e art. 29.

66 Ibidem, art. 21, §1°.

67 Ibidem, art. 15.

68 BREGER; EDLES, 2015.

69 DATLA; REVERSZ, 2013.

Nesse quadro, a criação de órgãos administrativos independentes em relação à chefia do Poder Executivo facilitou os arranjos institucionais necessários à expansão do *administrative state* naquele país.

Relativamente a questões *antitrust*, a criação de um órgão regulador independente ajudou a equilibrar a ação dos poderes da União, aumentando a capacidade de intervenção do Congresso na matéria, em face tanto do Presidente da República como da Suprema Corte, particularmente, naquele contexto, por ela ter ampliado mediante escolhas hermenêuticas sua discricionariedade para permitir ou proibir concentrações empresariais. A criação da FTC também recebeu parcial apoio empresarial, uma vez que instituiu acesso mais rápido, próximo e técnico para os empresários dialogarem com a administração federal, cuja expansão já se mostrava indispensável à estabilidade da economia industrial.

É reconhecido que a estruturação da FTC se moldou largamente na experiência da ICC, reforçando a percepção de que as concentrações empresariais demandavam enfrentamento por órgãos estatais permanentes, capazes de decidir sobre temas de alta complexidade. Destaque-se, entretanto, que, no caso da FTC, imaginou-se uma especialização apta a lidar com um conceito largo – a concorrência – independente de setores econômicos específicos, pressupondo-se existir abordagem capaz de solucionar tais questões de modo homogêneo. A técnica adotada para viabilizar essa tarefa, orientada para alcançar objetivo tão amplo, foi a de legislar mediante diretrizes gerais (*standards*), assim se afastando a proposta de proibição literal de posições dominantes (*private monopolies*) para substituí-la pela ênfase na regulação da concorrência, quando reconhecido o interesse público em sua promoção. A proteção da concorrência econômica pelo Estado será, então, determinante para a aplicação da Lei Sherman, como complementada pela Lei Clayton, e assim também balizará as ações da FTC, a qual foi incumbida de efetivar essas leis combatendo e fazendo cessar métodos ilegais de competição empresarial.

Ao se decidir por tal arranjo, esperava-se que uma política econômica fundada na tríade propriedade, contrato e concorrência permitiria, enfim, a continuidade do exponencial crescimento econômico em curso sem que permanecessem a instabilidade e os abusos empresariais que abalavam os EUA, traçando-se limites definidos a respeito da necessária intervenção do Estado na ordem econômica. No entanto, ao serem finalizadas as referidas Leis Clayton e de criação da FTC, iniciou-se, a partir de agosto de 1914, a primeira guerra mundial. Nos mais de quatro anos subsequentes de confronto bélico, a intervenção estatal na atividade empresarial passou a ser regra geral, inclusive nos EUA, alterando-se de modo permanente as percepções sobre a necessidade e os eventuais benefícios e malefícios de o Estado regular a economia de modo mais incisivo.

No novo quadro econômico surgido após essa guerra, a qual se estendeu até o ano de 1918, a defesa da concorrência passou a ser apenas mais um instrumento disponível para o Estado estimular o desenvolvimento econômico, instrumento esse que foi sendo replicado por vários países à medida que a economia industrial se expandia, entre eles, o Brasil na segunda metade do século XX.

Cabe apontar, por fim, que os dois planos que se entrelaçam quando da criação da FTC, os quais envolvem, por sua vez, a instituição de um órgão administrativo e o modo como ele participa da defesa da concorrência, constituem-se por escolhas fundamentais dos EUA a respeito da organização de sua administração pública federal e sobre o que deve ser combatido para se proteger e estimular a concorrência, elementos esses que não se repetem integralmente na história institucional de outros países. Nesse sentido, ao se estruturar um órgão com composição e funcionamento similares à FTC em diferentes ordens nacionais, mostra-se razoável a necessidade de adaptação do ordenamento nelas preexistente.

Nessa perspectiva, analisando-se a atual constituição do CADE brasileiro conforme a legislação em vigor, é possível constatar que ela se inspirou em grande parte na organização da FTC. Entretanto, num país que por muitos anos estruturou a sua administração pública e a defesa da concorrência de modo diferente dos EUA, a inserção desse modelo no Brasil acarreta certa mitigação de relevantes aspectos da forma institucional original da FTC, como os que dizem respeito a sua independência orgânica em relação ao Poder Executivo, bem como os meios que lhe são oferecidos para exercer a sua missão institucional.

Espera-se, ao se finalizar o estudo com essa comparação, que a exposição das origens da FTC também colabore com a compreensão do modo como hoje se organiza e funciona o CADE, assim auxiliando, quanto à defesa da concorrência, reflexões sobre as escolhas nacionais, presentes e futuras, voltadas a promover desenvolvimento econômico capaz de melhorar as condições de vida da população brasileira.

REFERÊNCIAS

AVERITT, Neil. The Meaning of ‘Unfair Methods of Competition’ in Section 5 of the Federal Trade Commission Act. *Boston College Law Review*, vol. 21, no. 2, January 1980.

BARNETT, Otto. The Evolution of the Law on Unjust Trade and Unfair Competition. *Annual Report of the American Bar Association*, 29, 1906.

BRANDEIS, Louis. The Regulation of Competition Versus the Regulation of Monopoly by Louis D. Brandeis - An address to the Economic Club of New York on November 1, 1912; *Year Book of the Economic Club of New York*,

volume III - containing the addresses of the season 1912-1913. Disponível em: <https://www.econclubny.org/documents/10184/109144/YearBook1912-13.pdf>. Acesso em 01/04/2024.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 01/04/2024.

BREGER, Marshall; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: law, structure, and politics.** New York: Oxford University Press, 2015.

BUTLER, Rush; LYNDE, Cornelius. **The Federal Trade Commission.** Chicago: Callaghan and Company, 1915.

DATLA, Kirti; REVERSZ, Richard. Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies). *Cornell Law Review*, vol. 98, no. 4, May 2013.

DINIZ, Davi. Complementar as leis existentes contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: A Lei Clayton de 1914. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, pp. 155-180, jul./dez. 2019.

DINIZ, Davi. Contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Sherman de 1890. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, pp. 173-204, jul./dez. 2018.

DINIZ, Davi. **Propriedade industrial e segredo em comércio.** Belo Horizonte: Ed. DelRey, 2003.

DINIZ, Davi; NEVES, Rubia. Do controle público da moeda e do crédito: a criação do United States Federal Reserve System em 1913. In: SANTIAGO, Marcus; TOLEDO, Cláudia. (coord) **Transformações na ordem social e econômica e regulação.** Florianópolis: CONPEDI, 2019.

ELLIS, William. State Railroad Commissions. *University of Pennsylvania Law Review*, 41, 1893.

ELLIS, William. State Railroad Commissions (Continued). *University of Pennsylvania Law Review*, 41, 1893.

ELY JR., James. The Troubled Beginning of the Interstate Commerce Act. *Marquette Law Review*, vol. 95, no. 4, Summer 2012.

HARVEY, Richard; BRADFORD, Ernest. **A Manual of Federal Trade Commission.** Washington: John Byrne & Company, 1916

HOOGENBOOM, Ari; HOOGENBOOM, Olive. **A History of the ICC: From Panacea to Palliative.** New York: Norton, 1976.

JOHNSON, Arthur. Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations. *The Mississippi Valley Historical Review*, vol. 45, no. 4, March 1959.

KANAZAWA, Mark; NOLI, Roger. **The Origins of State Railroad Regulation: The Illinois Constitution.** In: GOLDIN, Claudia; LIBECAP, Gary. *A Historical Approach to Political Economy.* Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KOLASKY, William. The Election of 1912: A Pivotal Moment in Antitrust History. *Antitrust*, vol. 25, no. 3, Summer 2011.

LAMOREAUX, Naomi. **The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904.** Cambridge, CUP, 1985.

LETWIN, William. **Law and Economic Policy in America:** the evolution of the Sherman antitrust act. New York, Random House, 1954.

MANNERS, Jane; MENAND, Lev. The Three Permissions: Presidential Removal and the Statutory Limits of Agency. *Columbia Law Review*, vol. 121, no. 1, January 2021.

MASHAW, Jerry. Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age. *Yale Law Journal*, vol. 119, no. 7, May 2010.

MITCHELL, Oliver. Unfair Competition. *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 5, 1896-1897.

RUBLEE, George. The Original Plan and Early History of the Federal Trade Commission. *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, vol. 11, No. 4, Trade Associations and Business Combinations, January 1926.

SKOWRONEK, Stephen. **Building a New American State:** the expansion of national administrative capacities-1877-1920. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

STEVENS, William. The Trade Commission Act. *The American Economic Review*, vol. 4, no. 4, December 1914.

STEVENS, William. Unfair Methods of Competition and Their Prevention. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 63, 1916.

UNITED STATES OF AMERICA. Congress of United States. **Preliminary Report on Trusts and Industrial Combinations - Part.1, 2.** Washington: Government Printing Office, 1900. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.149774/page/n7/mode/2up>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. Government. **Annual Report of the Commissioner of Corporations, 1903-04.** Washington: Government Printing Office, 1900-1904. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044105550016&seq=9>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1 (1911). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Northern Securities Co. v. United States**, 193 U.S. 197 (1904). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/193/197/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **United States v. Joint Traffic Association**, 171 U.S. 505 (1898). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/171/505/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n**, 166 U.S. 290 (1897). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **In re Debs**, 158 U.S. 564 (1885). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/158/564/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Munn v. Illinois**, 94 U.S. 113 (1876). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois**, 118 U.S. 557 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/557/>. Acesso em 01/04/2024.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA - SANTA BARBARA. **1912 Democratic Party Platform**. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/1912-democratic-party-platform>. Acesso em 01/04/2024.

WILSON, Woodrow. **The Study of Administration**. Political Science Quarterly, vol. 2, no. 2, June 1887.

WINERMAN, Marc. The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition. **Antitrust Law Journal**, vol. 71, no. 1, 2003.

Recebido em: 10/04/2024

Aprovado em: 16/07/2024

