

A LEI MALAIA, A DISPUTA QUANTO AO PAPEL DO ESTADO E A QUESTÃO DO ANTITRUSTE

Geraldo Augusto Staub Filho¹
Juliano Rodriguez Torres²

Resumo: O trabalho procura analisar, a partir da perspectiva da história das relações sociais de poder que perpassam o direito, a tentativa de criação de uma nova e abrangente concepção de direito antitruste no Brasil, com a edição do Decreto-Lei 7.666, a Lei Malaia, em 1945. Com essa lei procurava-se constituir um novo objeto para a intervenção jurídica estatal, qual seja, a formação de monopólios e oligopólios. Mais que isso, procurava-se dotar o Estado de um instrumental poderoso para controlar e punir a má conduta dos agentes econômicos, despertando fortes reações contrárias. Por isso, apesar de não ter sido aplicada, a Lei Malaia e o seu contexto histórico-social parecem-nos constituir um precioso objeto de estudo, na medida em que a atual forma de regulação jurídica do(s) mercado(s), mediante a legislação antitruste, mantém, na prática, a hegemonia dos monopólios e oligopólios, preservando as estruturas dos mercados, ao mesmo tempo em que não contraria os interesses do poder econômico. Para isso, buscamos investigar os esforços de construção, no Brasil dos anos 40 do séc. XX, de um conjunto de ferramentas jurídicas para o Estado no sentido de contra-estimular a concentração econômica e o poder abusivo de mercado, na forma de monopólios e oligopólios. A comparação com o modelo americano de direito antitruste, o "Sherman Act" de 1890, e as conexões perceptíveis entre as construções jurídicas e as diferentes visões políticas sobre o papel do Estado frente ao mercado compõem a análise da lei e de seu entorno jurídico-político. Com isso, discutiremos os interesses políticos e sociais que levaram à edição das legislações mencionadas; as relações entre o discurso jurídico, as ideologias e a economia política; os condicionamentos jurídicos impostos às inflexões do econômico; e, por fim, os impasses da técnica jurídica ante a necessidade de conciliar as exigências do intervencionismo à principiologia liberal.

Palavras-chave: Lei Malaia. Direito Antitruste. "Sheran Act".

THE "MALAIA" DECREE, THE QUARREL OVER GOVERNMENT'S ROLE IN THE ECONOMY AND THE ISSUE OF ANTITRUST

Abstract: The paper seeks to analyze, from the perspective of the history of social relations of power that permeate the law, the attempt to create a new and comprehensive concept of antitrust law in Brazil with the publication of Decree-Law 7.666, in 1945. This law sought to constitute a new object for state legal intervention, which is, the formation of monopolies and oligopolies. More than that, it sought to equip the state with a powerful instrument to control and punish the misconduct of economic agents, something that brought strong contrary reactions. Therefore, although it has not been applied, the Malaysian Law and its historical-social context seems to us to be a valuable object of study, insofar as the current form of legal regulation of the market(s), through the antitrust legislation, maintains, in practice, the hegemony of the monopolies and oligopolies, preserving the structures of the markets, at the same time that it does not contradict the interests of the economic power. So, we sought to investigate the construction efforts in Brazil in the 1940 decade, of a set of legal tools for the State to counter-stimulate economic concentration and abusive market power in the form of monopolies and oligopolies. The comparison with the American model of antitrust law, the

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). gutostaub@gmail.com

² Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). julianotorres.br@gmail.com

Sherman Act of 1890, and the perceptible connections between the legal constructions and the different political views, on the role of the State in relation to the market, make up the analysis of the law and its legal-political sides. Thereby, we will discuss the political and social interests that led to the edition of the legislations mentioned; the relations between legal discourse, ideologies and political economy; the legal constraints imposed on the inflections of the economic; and finally, the impasses of legal technique before the need to reconcile the demands of interventionism with liberal principles.

Keywords: “Malaia Decree”. Antitrust Law. Sherman Act.

1. ADVERTÊNCIA

No presente trabalho, procuramos analisar a tentativa de criação de uma concepção nova e abrangente de direito antitruste no Brasil, com a edição do Decreto-Lei 7.666, a Lei Malaia, em 1945. Com essa lei, que respondia às demandas de regulamentação da atividade econômica, no sentido de combater-se a concentração de mercados e o abuso do poder econômico no Brasil, procurava-se constituir um novo objeto para a intervenção jurídica estatal, qual seja, a formação de monopólios e oligopólios. Mais que isso, procurava-se dotar o Estado de um instrumental poderoso para controlar e punir a má conduta dos agentes econômicos, mediante a produção de efeitos de juridicidade, o que despertou fortes reações contrárias. Voltaremos nossa atenção, portanto, para os esforços de construção, no Brasil dos anos 40 do século XX, de um conjunto de ferramentas jurídicas para o Estado no sentido de contraestimular a concentração econômica e o poder abusivo de mercado, na forma de monopólios e oligopólios. Uma experiência que merece ser evocada, se quisermos debater e avaliar criticamente a atual forma de regulação jurídica dos mercados, desvelando o seu caráter e as suas limitações.

Para fazer uma "história do antitruste", precisamos de uma definição prévia de "antitruste", que nos permita enxergar os diversos “sistemas antitruste” em suas coincidências e diferenças. Se entendermos "antitruste" como *qualquer forma de direito estatal dirigida às práticas econômicas empresariais consideradas socialmente inaceitáveis*, poderemos tematizar a especificidade jurídica dos instrumentos concebidos para essa forma de intervenção estatal no Brasil da "Era Vargas" - sobretudo por meio da sua comparação com o modelo americano de direito antitruste, cuja primeira fonte, na compreensão dos seus operadores, foi o "Sherman Act" de 1890 - e também algumas conexões entre as construções jurídicas e as diferentes visões políticas sobre o papel do Estado frente ao mercado. Estamos aqui diante de uma problemática tipicamente moderna, em que a regulamentação jurídica da

atividade econômica depende, antes de mais nada, de uma lei que aparece como instrumento de poder nas mãos do Estado, com o que o direito se torna, mais que nunca, um objeto de disputa política, assim explicitamente considerado. Por isso, é inevitável remeter ao debate da época sobre o "papel do Estado na economia". Diante dessas especificidades, o presente trabalho procura combinar ao instrumental histórico-jurídico elementos próprios da história econômica, da história do pensamento econômico e também de uma (nova) história política. Não se trata, contudo, de fazer-se meramente uma "história externa" do direito. É verdade que a política ou a economia, isoladamente consideradas, costumam ser péssimos critérios de explicação da cultura jurídica, pois muitas vezes servem à sua anulação como "reflexo" de fatores exclusivamente externos. Assim ignora-se que "a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social" (HESPANHA, 2005, p. 38), cujas especificidades não podem ser simplesmente diluídas a partir de um "princípio explicativo global" – e seu emprego superficial e apressado quase sempre conduz ao risco de se explicar muito pouco ou quase nada. Não obstante, quando se trata do direito administrativo brasileiro na década de 1940, fatores sociais e institucionais *concretos* nos autorizam a buscar no plano das ideologias políticas "globais" e das concepções socioeconômicas uma chave de decifração das tensões presentes no debate jurídico-político. Para isso há pelo menos dois motivos, além da já mencionada instrumentalidade política da lei como fonte de direito: o primeiro, de alcance mais geral, é a ligação evidente do direito administrativo com a problemática do poder político e do papel a ser desempenhado pelo Estado em cada modelo imaginário da "boa sociedade", na medida em que as suas formulações e construções teóricas dependem, ao menos implicitamente - e, no que diz respeito ao nosso período, geralmente de forma bastante explícita - de uma particular teoria do Estado, que subjaz à teorização mais propriamente "jurídica" (cujos limites, ademais, são móveis, e não fixos). O segundo, e mais importante, é a hipótese empiricamente verificável de que, nos anos 1940, ainda se fazia presente uma tendência muito nítida de circulação e radicação dos publicistas brasileiros na vida político-administrativa, parlamentar e político-partidária, na alta burocracia e nos cargos governamentais: grande parte dos administrativistas de renome e influência podem ser facilmente identificados como líderes partidários, senadores, deputados, governadores, secretários e ministros de Estado, diretores nomeados de instituições sob controle direto do governante (federal, estadual ou municipal) ou, simplesmente, como juristas de sua imediata confiança. Mesmo os juristas "acadêmicos", notabilizados pela sua produção teórica, assumiram muitas vezes o papel de administradores

públicos ou estiveram, de qualquer forma, muito próximos do poder político (Francisco Campos, provavelmente, é o exemplo mais marcante). O campo disciplinar do direito administrativo estava, portanto, sob controle das elites políticas, que os "cientistas" da área, em regra, integravam pessoalmente. Os fatores mencionados são tanto mais relevantes quanto mais nos aproximamos do nosso objeto específico - a tentativa de criação de um "direito antitruste" no Brasil da década de 1940; afinal, as questões por ele colocadas no plano da experiência acabam por remeter aos intermináveis confrontos em torno da justa solução da equação entre "Estado", "economia" e "sociedade civil" - um dos grandes problemas dos debates políticos do século XX, cujas repercussões no âmbito do direito público são facilmente perceptíveis. Tudo isso faz com que o tema se torne bastante sensível e politicamente carregado.

2. PRÓLOGO

Em junho de 1945 Getúlio Vargas manda promulgar o Decreto-Lei 7.666, a Lei dos Atos Contrários à Economia Nacional, a Lei Malaia³, no intuito de regular a concorrência econômica e combater o abuso de poder econômico. A iniciativa da legislação antitruste brasileira não resulta somente de uma nova definição do "papel do Estado na economia", mas também de outros fatores, dentre os quais se pode destacar o impacto das discussões envolvendo o assunto no fim do século XIX, nos Estados Unidos.

As visões políticas que se confrontaram na elaboração de "instrumentos" antitruste como o Sherman Act, nos EUA, e a Lei Malaia, no Brasil, correspondem aos dois polos de um debate ainda bastante familiar: de um lado, a defesa da atuação estatal para coibir o abuso do poder econômico que, ao diminuir a concorrência aumentaria os preços, distorcendo o mercado e prejudicando consumidores e, de outro lado, o argumento de que as intervenções levam à sobrevivência de firmas ineficientes, também distorcendo o mercado e prejudicando os consumidores através do preço.

3. O EXEMPLO NORTE-AMERICANO, O SHERMAN ACT

3 O peculiar apelido faz menção às feições do Ministro Agamenon Magalhães, responsável pelo encaminhamento da lei.

Até o fim da Guerra Civil os Estados Unidos tinham uma economia consideravelmente modesta, formada principalmente por pequenas e médias empresas, que ainda careciam de mão de obra e capital. O período pós-guerra, entretanto, foi marcado por um vívido e acelerado crescimento populacional e industrial. Em poucos anos foi possível acompanhar os avanços tecnológicos do Velho Mundo, potencializados pelas peculiaridades geográficas e a economia de escala. No espaço de menos de uma década, de 1865 a 1873, aconteceu a duplicação da extensão da malha ferroviária (Forgioni, 2008, p. 72). Essa expansão seria fundamental para o posterior *boom*: facilitou o escoamento da produção e a integração de mercados. O processo de crescimento da economia foi acompanhado por uma significativa concentração do controle das operações comerciais por um número relativamente pequeno de pessoas, monopólios e oligopólios que surgiram em detrimento das médias e pequenas empresas, até então predominantes - movimento que se iniciou no campo das ferrovias e rapidamente espalhou-se para a mineração e a manufatura. Williamson (1959, p. 616) comenta a intensidade dessa concentração: em 1905, 318 grandes grupos industriais eram donos de 5.200 plantas de fábricas no país e correspondiam a dois quintos do produto de manufaturas. O *merger movement* simboliza o surgimento dos grandes conglomerados industriais. Williamson entende essa concentração como consequência da necessidade de acumular técnicas e tecnologias e criar plantas industriais maiores, para atender um mercado consumidor em franca expansão, numérica e territorial. O acúmulo tecnológico e de capital incrementou o crescimento das grandes indústrias de escala (o autor afirma que o crescimento das grandes indústrias no período foi substancialmente maior que a média). A maior expansão das grandes indústrias deveu-se ao fato de que “*with the developing techniques of manufacture, large-scale, mass-production plants in many industries became more efficient than small ones*” (Williamson, 1959, p. 618). Essa maior eficiência e diminuição de custos levaram, nas décadas de 1870 e 1880, a uma baixa de preços em algumas indústrias e a uma generalizada competição por mercados. Com os preços diminuindo, e os pequenos empresários beneficiando-se de baixos custos de transporte, a competição tornava-se um poderoso obstáculo aos conglomerados (Williamson, 1959, p. 618). Evidentemente, ainda que o apelo à eficiência e à necessidade de atender esse amplo e espalhado mercado fossem bons argumentos, o fim preponderante da concentração das indústrias era eliminar ou controlar a concorrência. A saída era clara: concentrar o mercado através de trustes e fusões. O movimento americano de concentração de capitais era notadamente diferente de uma simples adaptação a uma nova realidade: tinha o claro objetivo de proteger os lucros das

empresas (Williamson, 1959, p. 620). O caso das ferrovias é representativo. Um grande processo concorrencial predatório assolou esse mercado na década de 1870, tal que

no ano de 1869, a tarifa do frete ferroviário de percurso Nova Iorque – Chicago para um quintal de grão caiu de US\$1,88 para US\$0,40, em apenas vinte dias. Posteriormente a tarifa voltou a subir para US\$1,88 despencando, logo em seguida, para US\$ 0,25” (Forgioni, 2008, p. 73).

O quadro era generalizado e vários agentes econômicos celebraram entre si acordos para disciplinar o mercado e neutralizar a concorrência. Foi criado um comitê para garantir que os acordos fossem cumpridos e durante certo tempo a tática funcionou. Entretanto, como nem sempre se pode esperar completa cooperação em jogos como esses, os acordos eram comumente descumpridos, trazendo instabilidade ao sistema; a solução era o *truste*. O ex-embaixador americano no Brasil Adolph Berle Jr. conceitua assim o fenômeno jurídico⁴ dos *trustes*:

Corresponde à criação de um grupo de ‘fideicomissos’ ou *trustees*, muitas vezes membros da diretoria, que ficam com o poder completo de voto de todas as ações que lhes são entregues. Quando a maioria das ações é controlada pelo fideicomisso como geralmente ocorre, os *trustees* exercem o controle quase completo sobre os negócios da empresa, embora sem terem, necessariamente, importante participação na mesma. Os acionistas, por sua vez, recebem, em lugar de ações, *trust certificates*, que os habilitam a participar dos dividendos resultantes das operações, quando os diretores julgarem conveniente distribuí-los”. (Berle e Means, 1957, p. 102)

4 A explicação se baseia na utilização do instituto jurídico anglo-saxônico do *trust* (donde o nome “*truste*”, pelo qual o fenômeno ligado às operações de concentração ficou conhecido), instituto que, na definição do comercialista Waldemar Ferreira (1956, p. 196), consiste na “relação jurídica que nasce quando uma pessoa, chamada - *trustee*, se obriga, pela *equity*, a exercer seus direitos em proveito de outras pessoas, que são *cestui que trust*, ou para permitir que se logre fim certo, de tal sorte os lucros pertençam, não ao *trustee*, mas ao beneficiário, ou dono do negócio - o *settlor*”. Vale observar que, embora por vezes as expressões sejam utilizadas como sinônimos, o *trust* não se confunde com o instituto que recebeu o nome de fideicomisso no direito civil brasileiro: na década de 1950, ao escrever sobre o instituto Waldemar Ferreira propunha que, na esteira do que Carvalho de Mendonça havia dito em 1917 sobre o “negócio fiduciário” no seu “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, os contratos similares ao *trust* se resolveriam “pelas regras da comissão mercantil, quando haja a entrega da coisa a ser negociada, ou do mandato”, pois o *trustee* seria um simples “mandatário” do *settlor*, que figuraria como “mandante”, e que corresponderia ao proprietário da coisa ou ao credor da obrigação. Entretanto, para os fins deste artigo, importa esclarecer que o conceito de “*truste*”, como fenômeno de concentração econômica, não se limita, necessariamente, à utilização do instituto jurídico do *trust*, sendo, em vez disso, o produto de uma metonímia.

O mercado reorganizado conferia maiores dividendos aos acionistas no modelo de truste do que se envolvidos diretamente com a produção. A concentração observada desde então foi espantosa. A Standard Oil Company, organizada pelo célebre Rockefeller, chegou a dominar 85% da indústria americana de petróleo, a Consolidated Tobacco Company chegou a controlar 90% de seu mercado. Nos mercados altamente concentrados começaram a ser sentidos aumentos de preços e o constante uso de práticas desleais com os consumidores (Salomão Filho, 1998, p. 53).

Até o surgimento do movimento de concentração de capitais e de fusões na indústria americana a política básica de Estado quanto à economia era o *laissez-faire*. O direito de propriedade e o direito de "livre empresa", ambos garantidos pela Declaração de Independência, em 1776, eram a sólida base sobre a qual o senso comum hegemônico acreditava que os Estados Unidos deveriam amparar seu desenvolvimento econômico. A repressão às "liberdades econômicas" imposta pelos ingleses no período colonial era objeto de uma memória passionalmente cultivada, que vinha reforçar aquelas convicções ideológicas. As liberdades de negociar e possuir eram imperativos éticos fundamentais na organização do Estado; a intervenção estatal deveria ser a mínima possível⁵. Contudo, mais do que um princípio fundante de um sistema de referência "orientado a valores", a defesa da liberdade de empresa indicava também a forte crença de que a livre-concorrência levaria à prosperidade econômica do país (Williamson, 1959. p. 623). Segundo esse pensamento, a competição entre as firmas criaria um regime de mercado, não estatal, proveitoso para todos. Isto posto, cabe observar que a criação de uma lei que *regulamenta* mercados, para torná-los *mais competitivos*, não feria os princípios básicos do discurso econômico estadunidense da época. Como afere Paula Forgioni (2008, p. 69), "(...) nada há, na regulamentação da concorrência, de contrário ao espírito do liberalismo econômico", afinal, "(...) a eliminação das distorções conjunturais, decorrentes do mercado ou do modo de produção, visa à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores – e, portanto, competir – livremente". No entanto, isto não garantia, por si só, a ausência de oposição à ideia de regulamentação de mercados, objeto de acirradas disputas e fortes controvérsias⁶.

5 Nos EUA essa intervenção estatal consistia basicamente, à época, no fornecimento de crédito e regulações gerais sobre os produtos.

6 Nesse sentido, Rudolph J. Peritz (1990, p. 264) observa que a retórica da "concorrência" ("*competition*") permite a expressão de desacordos profundos a respeito das políticas de regulação da concorrência, pois falar em "livre concorrência", por exemplo, pode tanto apontar para a ideia de uma competição "livre" da interferência estatal quanto de uma concorrência "livre" dos efeitos do exercício do poder econômico exercido, no setor

O "centro gravitacional" do debate político, no processo de elaboração da legislação antitruste, dizia respeito às consequências da atuação estatal "regulatória", contrapondo-se uma visão "intervencionista" a uma visão "*laissez-faire*" da economia política. As posições em confronto buscavam responder, certamente, aos interesses e às insatisfações geradas em distintas experiências sociais.

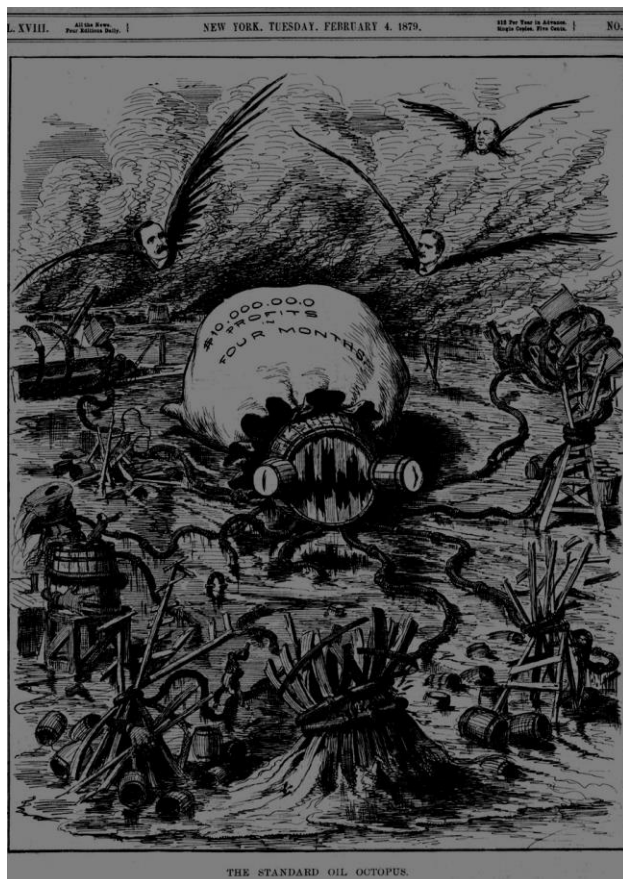
Rapidamente, grande parte da população passou a enxergar nos trustes a razão de muitas das mazelas econômicas da época. Dois grupos destacavam-se na oposição aos trustes: os pequenos empresários, muitos levados à falência por práticas predatórias, e os agricultores. Estes tinham como problema o aumento das tarifas ferroviárias provocado pela concentração, e representavam considerável poder político. Para Salomão Filho (1998, p. 53) "fica bastante evidente que a maior preocupação relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor". O Senador Sherman, em passagem aludindo aos trustes, não poderia ter sido mais direto: "*It is sometimes said of these combinations that they reduce prices to the consumer by better methods of production, but all experience shows that this saving of costs goes to the pockets of the producer*" (Salomão Filho, 1998, p. 53).

O truste era o símbolo da nova ordem econômica. Para os seus apoiadores, era sinônimo de riqueza e modernidade; para os opositores, significava a desumana e impessoal estratificação econômica. Discute-se o tamanho da agitação popular contra os trustes: sem dúvida, havia oposição.

A rica iconografia representada pelos "*political cartoons*" (cartuns) publicados na imprensa estadunidense desde a década de 1870 (e bastante prolíficos nas duas primeiras décadas do século XX) serve como testemunho da contundência da crítica anti-monopolista, exibindo figuras recorrentes e emblemáticas, como mostrado abaixo. Uma delas é o "*Standard Oil Octopus*" ("Polvo da Standard Oil", Figuras 1 e 2), que espalha seus tentáculos por toda a América, inclusive sufocando os poderes constituídos (representados pelo Capitólio, palácios do governo, etc.).

privado, por determinados agentes sobre os mercados: "*Take, for example, arguments for 'free competition'. To recognize the conflict lodged in calls for free competition, we need go no further than an inquiry about the restraining mechanism: what do we want to free competition from? Do we want to free it from governmental power? Or from market power? If we are concerned with governmental interference with markets, then, for example, any Department of Justice intervention to reform a market process or overturn its consequences is bad. If, on the other hand, we are concerned with market power, then government participation can be good when it dissipates that power. If these alternatives appear to offer the possibility of clear policy choice, then consider the more difficult and more realistic form of the question about free competition: How do we make policy that reflects distrust of both kinds of power?*"

FIGURA 1 - "The Standard Oil Octopus"



Polvo monstruoso assola o mercado do petróleo.
Fonte: "The Daily Graphic", Nova York, 04 de fevereiro de 1879.

FIGURA 2 - "Next"



Ilustração de Udo J. Kepler, publicada na Revista "Puck" em 1904, retrata a Standard Oil como um gigantesco polvo espalhando seus tentáculos (que já envolvem os setores do aço, do cobre e da navegação) por todo o país, de modo a sufocar os poderes constituídos (representados

pelo Capitólio e pelo Palácio do Governo Estadual), ou ameaçando-os (com os olhos, voltados para a Casa Branca).

Fonte: Biblioteca do Congresso dos E.U.A. (Library of Congress).

Disponível em: <<http://www.loc.gov/pictures/item/2001695241/>>.

FIGURA 3 - "The Bosses of The Senate"



Cartum de Joseph Keppler, publicado em 1889, retrata um Senado dominado pelos monopolistas.

Fonte: Senado dos E.U.A.

(https://www.senate.gov/artandhistory/art/artifact/Ga_Cartoon/Ga_cartoon_38_00392.htm)

FIGURA 4 - "A monopoly that requires crushing"



Cartum de Grant Hamilton (c. 1900) retrata a Standard Oil como uma imensa serpente com a cabeça de John D. Rockefeller, em crítica ao caráter predatório das práticas monopolistas.

Fonte: William Kovarik / Environmental History Timeline (environmentalhistory.org/2014/07/).

Dilorenzo (1985 *apud* Forgioni, 2008) parece concordar que uma certa excitação coletiva contra os trustes tomou conta do país:

Dizia-se que os trustes ameaçavam a liberdade, pois corrompiam servidores públicos e subornavam legisladores; gozavam de privilégios como o protecionismo tarifário; controlavam o comportamento dos concorrentes mediante a baixa de preços, penalizavam os consumidores aumentando os preços, fraudavam investidores com a diluição das suas ações. Em suma, abusavam de todos. A solução que o público desejava era bastante óbvia: uma lei que destruísse o poder dos trustes.

Em outras palavras, a experiência mais ou menos generalizada dos impactos do poder econômico contribuiu para que a “opinião pública” viesse a enxergar nos trustes uma ameaça à sociedade concorrencial; em resposta a essa percepção das coisas, em 1890 o Sherman Act foi aprovado. Dois grandes fatores, portanto, poderiam explicar a criação do Sherman Act: a pressão política dos consumidores⁷, que estavam sendo prejudicados pelos trustes, e um ideal de manutenção do sistema de livre concorrência. Sherman, em ácido e direto discurso, reporta-se a esses aspectos, referindo-se aos trustes:

The sole aspect of such a combination is to make competition impossible. It can control the market, raise or lower the prices, as will best promote to selfish interests [...] Its governing motive is to create the profits of the parties composing it. The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer [...] Such a combination is far more dangerous than any heretofore invented, and, [...] it tends do advance the price to the consumer of any article produced. (Salomão Filho, 1998, p. 54).

A mesma temática está presente na interpretação de Sullivan e Harrison (1994 *apud* Forgioni, 2008: 74):

The Congress that passed the Sherman Act was concerned with business concentration, acquisition of monopoly power, and cartels that might lead to increased prices and overcharges to consumers. Entrepreneurial independence and freedom for

⁷ É importante notar que, no contexto deste artigo e na linguagem da época, “consumidores” não são apenas aqueles que correspondem ao conceito corrente de “consumidor final”: como lembra Lipartito (2013, p. 944), os consumidores afetados pelos monopólios eram também produtores - pequenos agricultores, por exemplo -, e grande parte da crítica que à época se manifestava referia-se aos altos custos dos bens intermediários para aqueles que produziam.

independent decision making and contracting in the market were, in addition, themes expressed in the legislative debates by those favoring legislation.

Salomão Filho (1998: 54), no mesmo sentido, afirma:

(...) a preocupação principal é, portanto, com o poder dos monopólios exercido sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político. Por outro lado, não é possível distinguir uma preocupação central, motivadora da lei, com a proteção da pequena empresa. Há, isso sim, uma preocupação institucional com a defesa da competição.

63

Não se tratava, portanto - como observa Peritz (1990, p. 317) -, de uma inovação legislativa orientada à autolimitação do poder do Congresso ou mesmo do Poder Executivo na regulação do comportamento dos mercados (como queria certa interpretação em voga nos anos 1980), e sim uma tentativa de ressuscitar e sustentar um ambiente concorrencial robusto, livre das ameaças representadas pelos trustes e pelos cartéis, mediante a regulação do exercício do poder econômico privado⁸. Já se apontou, nesse sentido, que o Sherman Act remetia a concepções tanto liberais quanto republicanas da economia política, invocadas diante da emergência de preocupantes fenômenos de acumulação de capital (Millon, 1988, *apud* Peritz, 1990, p. 313-314)⁹. É a tese de David Millon (1988, p. 1236-1244), para quem, se a teoria política liberal postulava que a liberdade do indivíduo, expressa por transações voluntárias celebradas na busca dos seus impulsos aquisitivos, dependia não apenas do

8 Nas palavras do autor citado: *"In observing the Sherman Act's centennial, it is important to remember that antitrust law for most of its existence has been understood as a public interest law designed to regulate the exercise of private economic power. The historical animus for its enactment was the tidal wave of corporate consolidation, which took two forms - the holding company (then called the trust) and the cartel. In sharp opposition to the view held by modern price theorists and the Reagan-Bush administrations, Congress did not pass the Sherman Act to maintain the status quo, to constrain itself and the Executive from regulating market behavior. Rather, it passed the Sherman Act and ensuing legislation to resuscitate and sustain robust competition, which had been asphyxiated by holding companies such as the Standard Oil Trust and overrun by cartels such as the Trans-Missouri Freight Association"* (Peritz, 1990, p. 317).

9 Nas palavras de Peritz, "David Millon has written a political history of the formative years that traces the Sherman Act's roots to both liberal and republican conceptions about political economy. He has captured the relationship between the cultural context of populism and the material conditions of existence, namely the emergence of powerful and frightening accumulations of capital. We are reminded that individual feelings of powerlessness are not just symptoms of postmodernism, and that the Sherman Act was conceived as a mechanism for righting the imbalance between political and economic spheres". A obra referenciada é "The Sherman Act and the Balance of Power", de 1988 (Millon, David. The Sherman Act and the Balance of Power, Southern California Law Review, Vol. 61, 1988, pp. 1219-1292. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/184/>>).

reconhecimento de tais transações como legítimas, mas também, ao mesmo tempo, da proteção contra a coerção ilegítima exercida por outros que agem também motivados pelo seu próprio auto interesse (sendo justamente essa a razão pela qual se entendia a existência do poder do Estado como uma ameaça a ser contida, postulando-se a sua limitação, sobretudo no que diz respeito à redistribuição da riqueza, dada a importância central que era conferida à propriedade), a leitura norte-americana da tradição republicana, por sua vez, pressupondo a difusão da autoridade política (compreendida como antídoto contra a tirania), postulava que a saúde da república - como expressão e garantia da prevalência do bem comum sobre objetivos particulares egoísticos - dependia de uma distribuição equilibrada da riqueza e do poder econômico como condição necessária para a virtude cívica, na medida em que a igualdade de oportunidades no mercado era entendida como condição necessária (e suficiente) para que os cidadãos, no contexto de uma economia capitalista marcada por uma crescente atividade comercial, pudessem evitar a sua submissão a relações de dependência.

O Sherman Act¹⁰ conta com sete seções; três delas descrevem comportamentos ilegais. Foram declarados ilegais os trustes e quaisquer formas de organização que restringissem o comércio, os monopólios e a cumplicidade com tais condutas. As outras seções tratam do procedimento da lei, dos foros competentes e da definição dos agentes. A forma de punição escolhida foi a multa, refletindo a preocupação em equilibrar o mercado. As multas eram de grandiosa proporção: até US\$10.000.000 se o agente fosse uma corporação e US\$350.000 se pessoa física. As formulações generalizantes do texto (seção 1: *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*, seção 2: *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire...*) inspiraram muitas críticas quanto à dificuldade de aplicação. De fato, os procuradores-gerais dos estados tiveram muitos problemas em aplicar a lei. A vagueza dos termos “monopólio” e “restrição de mercado” foi muito explorada pelos advogados das empresas. Só em 1904 a Suprema Corte veio a admitir que a formação de monopólios em manufaturas implicava em violação ao Sherman Act (Williamson, 1959, p. 627). O maior dos obstáculos à sua aplicação talvez estivesse na relativa inflexibilidade dos conceitos jurídicos: se a economia política do liberalismo admitia a possibilidade de regular o mercado para assegurar a concorrência, por outro lado a pretensão regulatória chocava-se, nos casos concretos, com a crença arraigada

¹⁰ Texto integral da lei: <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>. Acessado em 15/04/2011.

na "inviolabilidade" da propriedade e da liberdade contratual. Num dos primeiros casos concernentes à aplicação do Sherman Act, *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895), a Suprema Corte havia entendido que a possibilidade de supressão do monopólio da *manufatura* de uma mercadoria (no caso, o controle de 98% do refino de açúcar norte-americano pela American Sugar Refining Company, resultante da aquisição da E.C. Knight Company e de várias outras empresas do ramo) não estava compreendida nos poderes da união federal. Isso porque, ainda que se reconhecesse que o controle da distribuição seria uma "consequência indireta" da transação, esta não pertencia ao âmbito do "comércio", mas tão-somente da propriedade:

That which belongs to commerce is within the jurisdiction of the United States, but that which does not belong to commerce is within the jurisdiction of the police power of the State. Doubtless the power to control the manufacture of a given thing involves in a certain sense the control of its disposition, but affects it only incidentally and indirectly.

O entendimento da corte só viria a mudar quando, diante do risco de formação de um monopólio dos transportes ferroviários no oeste do país, criado pelos acionistas da Great Northern Railroad e da Northern Pacific Railroad, a preservação da concorrência foi alçada à condição de garantia do próprio Estado de Direito, com o que a limitação da liberdade contratual passava a ser compreendida como preservação da liberdade da generalidade dos sujeitos, quando esta se encontrasse ameaçada ¹¹:

To vitiate a combination such as the act of Congress condemns (...) it is only essential to show that, by its necessary operation, it tends to restrain interstate or international trade or commerce, or tends to create a monopoly in such trade or commerce, and to deprive the public of the advantages that flow from free competition. The constitutional guarantee of liberty of contract does not prevent Congress from prescribing the rule of free competition for those engaged in interstate and international commerce. (...) If, in the judgment of Congress, the public convenience or the general welfare will be best subserved when the natural laws of competition are left undisturbed by those engaged in interstate commerce, that must be, for all, the end of the matter if this is to remain a government of laws, and not of men.

¹¹ Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/193/197/case.html>, acesso em 20/07/2011.

Em que pesem os resultados "frustrantes", a criação e aplicação do Sherman Act vieram a configurar a primeira tentativa significativa de regulação antitruste a partir da revolução industrial, acabando por servir de exemplo para as experiências posteriores. No Brasil, a formulação da Lei Malaia, em 1945, surge no contexto da disputa entre dois modelos de desenvolvimento - um modelo "*laissez-faire*" e outro nacional-desenvolvimentista e intervencionista. Surge, entretanto, também de uma estratégia do governo Vargas de afirmar sua hegemonia política sob a forma do corporativismo, mediante a incorporação de um empresariado industrial que exigia a intensificação da intervenção estatal no domínio econômico, inclusive por não dispor dos recursos necessários; e, simultaneamente, mediante a incorporação dos trabalhadores urbanos nesse mesmo padrão corporativo de poder. A Lei Malaia levaria o apelido do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Agamenon Magalhães, formado bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1916, um político nacionalista, crítico da presença do capital estrangeiro e do caráter assimétrico das trocas internacionais, e ao mesmo tempo um defensor da "livre-concorrência". A proposta antitruste era defendida sobre essas bases, inclusive como resposta aos problemas práticos da inflação e da carestia.

4. LIVRE INICIATIVA REGULADA

Getúlio Vargas fora conduzido à Presidência da república em 1930, em meio a uma conjuntura econômica e demograficamente turbulenta. A crise de 1929 havia atingido fortemente o principal produto de exportação brasileiro, o café, tanto pela restrição da demanda quanto pela queda do preço. A intensificação do processo de industrialização nos centros econômicos, por sua vez, impactava a distribuição populacional, compondo um Brasil cada vez mais urbano. No plano do debate político, já se fazia presente, há mais de uma década, a disputa entre dois modelos de desenvolvimento. Um ainda ligado à tradição clássica, de "mercados livres" e de um estado "observador"; o outro, sem abrir mão da "liberdade de empresa", defendia maior participação do Estado na condução da economia.

O grupo que conduziu Vargas ao poder não era uniforme, tendo em comum talvez apenas a insatisfação com os rumos da república no período anterior, identificados com o que se veio a chamar de "coronelismo". Algumas forças políticas urbanas, que em parte apoiaram Vargas, exigiam que o Estado brasileiro intensificasse sua atuação sobre e no domínio econômico, não apenas para corrigir as disfunções trazidas pelo sistema vigente, mas também (e principalmente) para conduzir esse sistema, regulamentando a atividade dos

agentes econômicos. O Estado foi responsivo a essas demandas. Não é que antes de 1930 o estado não interviesse na economia, mas faz sentido dizer que o “longo governo Vargas, sobretudo no período 34-45, significou um aumento *quantitativo* (que acabou por gerar um incremento *qualitativo*) nessa intervenção” (grifos no original) (Forgioni, 2008, p. 111). Apesar da oposição de certos setores a um aumento da “intervenção do Estado na economia”, a falta de recursos da iniciativa privada para projetos industriais de grande porte acabou por favorecer uma forte intervenção estatal. O modelo de desenvolvimento adotado a partir da década de 30 no país, para Bolívar Lamounier (1999, p. 38),

(...) conferia ao Estado um importante papel empresarial; em algumas formulações um papel decisivo e praticamente ilimitado, pressupondo-se, ao mesmo tempo, que a distribuição da renda e a melhoria das condições sociais tenderiam a ocorrer naturalmente, como subproduto do crescimento econômico (vale dizer, do adequado desempenho, pelo setor público, do papel a ele atribuído).

Essa reorientação da política econômica vinha acompanhada de uma reconfiguração político-institucional peculiar. Para Eli Diniz,

o novo padrão, inspirado no modelo corporativo, permitiria a incorporação política dos atores emergentes – empresariado industrial e trabalhadores urbanos – numa estrutura hierárquica e verticalizada, sob a tutela do Estado (Diniz, 2005, p. 125).

O debate emergente acerca do que hoje chamamos de “modelos de desenvolvimento” nos leva ao surgimento de um fenômeno jurídico típico do século XX, a “constituição econômica”, isto é, o direito é chamado a reordenar as relações entre Estado e economia. A ideia da economia como um processo “natural”, cujo funcionamento ótimo seria “espontâneo” (e, portanto, independente das convenções culturais, por um lado, e da vontade política e da coerção, por outro) deve-se, é claro, à ciência da economia política dos séculos XVIII e XIX; no pensamento liberal a sociedade civil é o lócus no qual teria lugar aquele “processo espontâneo”. Tratava-se de um espaço a ser protegido das intromissões do Estado, tarefa da qual o pensamento jurídico se desincumbiu em diversos momentos (entre os quais podem-se citar diversas formulações da teoria do “Estado de direito” e, mais amplamente, a rígida separação entre “direito privado” e “direito público”). Daí que o novo problema da “intervenção do Estado na economia” fosse particularmente sensível, e

tendencialmente referido à questão dos direitos individuais, ligados à afirmação da espontaneidade do social, campo no qual se inscrevera a "economia" desde as revoluções burguesas. Segundo Antônio Manuel Hespanha,

Esta desconfiança em relação ao Estado, que caracteriza o liberalismo de todos os matizes (desde o originário norte-americano até ao neo-liberalismo de nossos dias) crê, afinal, que a sociedade é, ela mesma, a origem e melhor garante de todos os direitos e que não necessita da mediação estadual, nem para os declarar, nem para os garantir, nem para lhes criar condições de gozo e exercício (os chamados "direitos sociais" ou "liberdade mediante o Estado", de que fala Augusto Barbera). O direito mais autêntico é, assim, esse que nasce da natural afirmação dos direitos de cada um e das transações que espontaneamente se geram entre esses direitos no livre curso da actividade social. Porque, finalmente, se crê que a sociedade é essencialmente justa, mesmo quando nela uns têm mais poder que os outros. (Hespanha, 2005, p. 360/361).

Se a questão, cada vez mais premente, da "interferência" do Estado nos assuntos econômicos se constituía, assim, em uma preocupação concernente ao problema do "governo limitado", é compreensível que a "ordem econômica" se tornasse matéria constitucional. As cartas constitucionais passariam a desenhar uma "moldura" dentro da qual a intervenção estatal fosse possível, sem implicar intromissões indevidas no "domínio econômico". A convivência prática entre essa "autorização" constitucional e a cultura jurídico-política liberal já consolidada seria, previsivelmente, difícil e conflitiva (até porque, a princípio, o Estado era visto como a única fonte potencial de coerção a ameaçar o livre curso das transações espontâneas).

O modelo de ordem econômica expresso na Constituição de 1934 e na Carta de 1937 é o de "livre iniciativa regulada", com a atribuição aos poderes executivo e legislativo de novas ferramentas para a condução da economia, em resposta às novas necessidades da formação econômica, não mais baseada unicamente na exportação do café. Consta da Constituição de 1934, no capítulo "Da ordem Econômica e Social":

"Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Por sua vez, o capítulo sobre a ordem econômica na Carta de 1937, outorgada no “golpe dentro do golpe”, destaca que:

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Constatamos que a proteção à “liberdade de empresa” é mantida no texto da Carta, assim como o era na Constituição de 1934, indicando um elemento essencial do projeto sócio-jurídico-político do Estado Novo. A iniciativa privada ainda era protegida em grau máximo, “atribuindo-se ao governo a função de agente externo, que deveria intervir apenas para garantir a continuidade do próprio sistema e a reprodução das condições necessárias ao processo de acumulação do capital” (Forgioni, 2008, p. 114). Essa função de manutenção da rotina capitalista também pode ser observada na investigação das motivações que levaram à criação do Sherman Act. Afinal, tanto a adoção de sistemas antitruste, quanto a maior intervenção do estado na economia, baseavam-se na crença na capacidade de desenvolvimento do capitalismo.

O Decreto-Lei 869, promulgado em 1938, é apontado como o primeiro regulamento antitruste brasileiro, ainda que rudimentar e superficial. Para Forgoni (2008: 114)

o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com uma função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor [...] o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.

Aqui, algumas matizações devem ser feitas. Em primeiro lugar, o Decreto-Lei nº 869, por seu conteúdo textual, caracteriza-se como lei penal e, portanto, apenas coloca limites “externos” à conduta dos sujeitos, mediante a proibição de determinadas práticas e a

cominação abstrata de penas. Em segundo lugar, a ideia contemporânea do “consumidor como sujeito de direitos fundamentais” não pode ser projetada sobre o discurso jurídico da década de 1930, o que implicaria num grave anacronismo; quando se fala em “proteção do interesse do consumidor”, em relação a esse contexto, devemos entender essa afirmação no seu sentido “puramente econômico”, evitando enxergar nos textos uma construção jurídica que não pertence à época (e que pode interessar apenas à interpretação contemporânea da legislação), em que pese o “consumidor” apareça, contextualmente, como tópico do discurso político (enquanto destinatário da política estatal). Em vez disso, o objeto de tutela jurídica era a “economia popular”, que significava a contenção da conduta dos agentes econômicos dentro de certos limites éticos, impostos pelo Estado. Francisco Campos, em 1939, diria à imprensa que:

Era necessário, com efeito, pôr termo aos “staviskismos”, aos tortuosos expedientes dos defraudadores da bolsa do povo, à camorra parasitária que se organizara, lenta e seguramente, à sombra de um código benigno, onde a justiça não conseguia tomar pé para defender o povo dos seus insaciáveis exploradores. A lei está sendo aplicada com honestidade e em todo o país, segundo o próprio testemunho dos jornais. que repetidamente nos dão conta de novos e expressivos casos, — e o das casas de penhor que cobravam juros de 120 por cento ao ano foi um dos mais gritantes. O lucro do capital e das operações dos intermediários não é lícito senão quando colocado dentro de certos limites, além dos quais estão o abuso e o crime. (CAMPOS, 2002)

O decreto, portanto, autorizava o Estado a “intervir” na economia apenas para *neutralizar efeitos nocivos* advindos da estrutura do mercado, produzidos pela ação de sujeitos *mal-intencionados*, focando-se na proibição ao açambarcamento e ao conluio para arranjo de preços e condições. Não havia menção explícita ao objetivo principal proposto pelo Sherman Act: combater o monopólio. O decreto, que acabou por se tornar desconhecido e pouco aplicado, nem de longe despertaria reações tão intensas quanto aquelas provocadas, mais tarde, pela Lei Malaia. Não configurava, do ponto de vista jurídico, uma inovação absoluta: prendia-se a uma lógica segundo a qual os fatos econômicos não haveriam de ser tratados em sua objetividade, mas segundo a intencionalidade dos agentes. Além disso, não implicava uma intervenção jurídica significativa nos contratos, ressalvada a proibição da “usura pecuniária ou real” quando essa exorbitasse certos limites.

5. A LEI MALAIA¹²

Paula Forgioni (2008: 117) argumenta que “mais do que a luta para controlar as atividades dos agentes detentores de poder econômico, o antitruste, no Brasil, surge com uma aura de nacionalismo, de *proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro*” (grifo no original). O “nacionalismo” que viria a caracterizar a proposta estatal antitruste brasileira pode ser atribuído a diversos fatores, que não se pretende exaurir nem analisar a fundo, alguns dos quais, no entanto, vale a pena destacar: em primeiro lugar, é preciso ter em conta que, desde as décadas anteriores, vinha-se articulando no pensamento social brasileiro a “questão nacional” à crítica do liberalismo, o que contribuiu para que o discurso oficial antiliberal das décadas de 1930 e 1940 colocasse o tema do “interesse nacional” em primeiro plano. Em segundo lugar, no plano estritamente político-ideológico da “construção de hegemonia”, não é difícil perceber que o nacionalismo, ao mesmo tempo em que se apresentava como alternativa ao “universalismo” liberal, significava uma resposta à ameaça do “internacionalismo” operário preconizado pelos socialistas. Por fim, em se falando do período do Estado Novo, há que se considerar, obviamente, a reorganização geopolítica mundial que começava a se desenvolver com a “redistribuição de forças” provocada pelos alinhamentos e confrontações político-militares ocorridos no curso da Segunda Guerra Mundial, que condicionava fortemente as estratégias econômicas de Estados e empresas ocidentais. Osny Duarte Pereira (1998, p. 16/17) interpretava o “nacionalismo” do Estado Novo como instrumento de estabilização “interna” e fortalecimento “externo” do regime político:

Como se sabe, durante os longos anos de repressão, mantida pelo chamado Estado Novo, Vargas sentiu a pressão colonialista norte-americana sobre a economia nacional e tomou várias iniciativas de insubordinação. Apoiava-se politicamente na estrutura administrativa dos estados e municípios, governados, sobretudo, pelos “coronéis” latifundiários, no interior, e na fidelidade das Forças Armadas, que asseguraram a estabilidade de seu governo. (...) Com a crise do regime que chefiava, Getúlio Vargas toma várias medidas visando a aprofundar a política nacionalista que se iniciou com o Estado Novo, dentre as quais a Lei Antitruste, redigida por seu Ministro da Justiça, o pernambucano Agamenon Magalhães.

¹² Texto integral da lei: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm . Acesso em 15/04/2011.

Agamenon Magalhães era pernambucano, bacharel em direito e dono do jornal *Folha da Manhã*, de influência regional. Foi ministro da Justiça e da Fazenda de Vargas, interventor do Estado Novo em Pernambuco e diversas vezes deputado, estadual e federal, destacando-se pelo discurso de orientação nacionalista e refratário ao capital estrangeiro. Sua argumentação a respeito dos trustes e cartéis apelava fortemente para o tema da *autonomia nacional* (ou, se quisermos, da "soberania econômica"):

O capital industrial, que atingiu ao seu apogeu no Velho Mundo e na América do Norte, só nos meados do século XX se volta para o Brasil e atravessa nossas fronteiras, com a sua técnica, as suas formas de concentração, a sua cobiça de lucros e de mercados. O Brasil que, na colônia e no Império, não soube defender-se contra o mercantilismo capitalista, que levou o ouro do açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra, deve ter outra atitude em face da Revolução Industrial. Se as Companhias de Comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas do mundo, os *trusts* e os cartéis controlam hoje a produção industrial e a sua distribuição em todos os mercados. A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias-primas e das nossas riquezas minerais, mas, senhores industrialmente, formando no Brasil um grande mercado de trabalho e de consumo. (Magalhães, 1949 *apud* Forgioni, 2008: 119)

Ao tentarmos contextualizar esse discurso, do ponto de vista ideológico, constatamos que Agamenon Magalhães não era um "peixe fora d'água" no campo governamental da "Era Vargas", mas também não era apenas mais um exemplar do nacional-desenvolvimentismo oficial. Os argumentos político-econômicos que serviriam de base à proposta antitruste podem ser caracterizados como uma versão "radical" do nacionalismo econômico difundido pelo governo, se levarmos em conta o seu caráter "indeciso" e "cambiante", observado por Bastos (2006, p. 241):

O problema das definições do nacionalismo econômico varguista a partir dos meios pelos quais os interesses nacionais de desenvolvimento econômico seriam alcançados, é que Vargas não manteve, ao longo do tempo, a adesão a formas particulares de intervenção estatal e de associação com o capital estrangeiro. O que apresenta maior continuidade é a adesão ao ideário do nacional-desenvolvimentismo, ou seja, a vinculação do interesse nacional com o desenvolvimento, ativado pela vontade política concentrada no Estado, de novas atividades econômicas, particularmente industriais, associadas a diversificação do mercado interno (...) Dada esta definição geral dos interesses nacionais - desenvolver

economicamente o país, diversificando atividades voltadas para o mercado interno e reduzindo a dependência frente ao comércio exterior -, as formas e os objetivos particulares da intervenção nacional-desenvolvimentista mudariam ao longo da trajetória política de Vargas.

O elemento mais importante para se compreender o sentido político e polêmico da proposta "antitruste" parece ser, portanto, a problematização do "poder econômico", da concentração do capital industrial e da sua "cobiça" como fatores de heteronomia, expressa na linguagem do "interesse nacional". Por outro lado, enquanto realização desse "interesse", a proposta tinha, para seus defensores, o significado de uma estratégia *nacionalista*, levada às últimas consequências, o que teria importantes consequências práticas. Forgioni observa que, diferentemente do ocorrido nos Estados Unidos,

os 'poderes econômicos', combatidos inclusive pela opinião pública, em um primeiro momento não eram apenas internos ou derivados de disfunções do processo nacional de acumulação do capital. Ao contrário, no Brasil, amalgama-se, desde o início, a repressão ao abuso do poder econômico com o nacionalismo e o protecionismo, assumindo nosso sistema, mais uma vez, particularidades, não encontradas alhures. (Forgioni, 2008: 119)

Não se tratava, no entanto, de mera contraposição do "nacional" ao "estrangeiro"; havia também a pretensão de moldar e reordenar o mercado interno. Para os nacionalistas, isso não implicava, contudo, em contrariar as "leis de mercado", mas tão-somente em restaurar a sua vigência, a partir do papel coordenador do Estado, apoiado nos "interesses da Nação" que, nesse contexto específico, não eram definidos de forma abstrata, e sim com referência a necessidades concretas. O político Magalhães era opositor ferrenho das políticas de restrição da concorrência em prejuízo a produtores e consumidores. Em 1927, em discurso na Câmara Federal sobre a situação do açúcar, denuncia "uma situação de vexames, de precariedade, de desvalorização e de aniquilamento" (Câmara dos Deputados, 1982: 114):

Se é essa a situação, que proveito tem tirado dela o consumidor? Nenhum. Os açambarcadores compram o açúcar a preços inferiores aos da cotação, porque não há dinheiro, nem crédito, e o produtor é obrigado a vender, porque precisa de numerários. O açambarcador feliz guarda o açúcar, e quando está a terminar a safra vende-o aqui pelo triplo, ou quádruplo do que comprou. Quem lucra? O açambarcador. Quem paga? O consumidor". (Câmara dos Deputados, 1982: 233)

Mais tarde, ao defender um novo projeto de lei contra o abuso do poder econômico, na Câmara Federal, em 1948, o então deputado, discutindo a inflação e maneiras de combatê-la, adiciona argumentos à defesa da concorrência: “É preciso não esquecer que o maior fator da alta dos preços está na restrição dos mercados. Não há livre concorrência, ou, melhor, os mercados são dominados pelos açambarcadores” (Câmara dos Deputados, 1982: 233).

A compreensão "sociológica" dos fenômenos de mercado combinava, portanto, a crença numa sociedade concorrencial com um realismo que desconfiava da "espontaneidade" dos mecanismos de mercado, favorecendo a "intervenção estatal" para a sua recondução a um padrão de funcionamento ótimo, considerado "racional" (cujos *standards* poderiam ser buscados na "constituição econômica"). Como esse questionamento das suposições de uma "justiça" e de uma "racionalidade" dos mercados, antes tidas por "intrínsecas", não era uma consequência *necessária* do nacional-desenvolvimentismo, a promulgação da Lei Malaia pode ser vista, em certa medida, como uma espécie de "acidente" histórico, cuja explicação deve ser buscada no "tempo curto", haja vista a insuficiência do elemento ideológico para dar conta do "evento" ¹³.

A despeito da existência de motivações ideológicas e político-econômicas que poderiam explicar a criação da Lei Malaia, discute-se se haveriam outros motivos que teriam levado Vargas a promulgar a lei. O filho de Agamenon Magalhães, Paulo Germano Magalhães afirma que “teria levado o Sr. Getúlio Vargas a assinar o Decreto-Lei 7.666 a convicção de que grupos financeiros nacionais e internacionais estariam por trás da violenta reação política que contra ele se manifestara, no país, logo após a guerra mundial” (Forgioni, 2008, p. 120). De fato, o mundo ocidental assistia a um movimento de reorganização econômica e de restauração do modelo político democrático-liberal, associado à confirmação

¹³ O intenso debate historiográfico construído a partir da tradição braudeliana nos obriga, aqui, a um esclarecimento importante: não se trata de retomar o "acontecimento" como fator causal no sentido "positivista", associado à atuação individual dos "grandes homens", mas simplesmente de situar nosso objeto como um produto da sua época que, não obstante, aparenta estar em contradição com o seu "ambiente", o que está a exigir alguma explicação. A par disso, interessa-nos também a possibilidade de interpretar o "evento traumático" como um momento de condensação de opções coletivas, a fim de proceder, "além da análise das estruturas sociais, também à explicação das opções, das atitudes e dos comportamentos coletivos" (VOVELLE, 2004, p. 23); desses pode-se dizer que devem muito ao "tempo longo" das mentalidades e ao tempo "conjuntural" das mudanças políticas e culturais, mas também dependem, em alguma medida, do "calor" de momentos "convulsivos" que os redefinem. A recepção da proposta "antitruste" no Brasil dos anos 1940 parece-nos, em grande parte, ter sido condicionada por um processo de "crise" e confrontação, como veremos mais adiante.

da sobrevivência do capitalismo ao "triplo desafio da depressão, do fascismo e da guerra" (HOBSBAWM, 1995, p. 17), o que evidentemente colocava o Estado Novo em posição difícil.

Apesar da boa relação de Getúlio com o governo estado-unidense, até em decorrência dos episódios da Grande Guerra, um acontecimento pode ter abalado essa relação: em 1945 o embaixador americano no Brasil deu a entender que o presidente Vargas talvez não estivesse disposto a realizar as eleições marcadas para dezembro do mesmo ano. Boris Fausto alude a esse episódio diplomático para instigar dúvida sobre as razões da edição da Lei Malaia: "Não é uma fantasia relacionar a intromissão do embaixador a medidas econômicas adotadas por Getúlio que podiam afetar os interesses americanos no Brasil" (Fausto, 2006: 151). Sem embargo, Fausto (2006: 151) enfatiza que "tudo indica que os propósitos alardeados pela Lei Malaia se dirigiam mais a reforçar a popularidade de Getúlio pela reafirmação do nacionalismo associada ao combate aos 'tubarões'". Afinal, o próprio Vargas, em resposta ao novo embaixador americano - o anterior fora substituído por conta da criação da animosidade - tentava acalmar os ânimos:

Lei antitruste não visa qualquer limitação ao capital estrangeiro nem ameaça às atividades legítimas. Tem apenas o intuito de defender o povo contra trustes e açambarcadores que encarecem a vida, exatamente como se faz nos Estados Unidos e outros países que defendem a economia popular (Fausto, 2006, p. 153).

A referência direta que a lei faz à proibição de concentração no mercado editorial e de jornais e revistas faz levantar outra possível motivação: "era voz corrente que o alvo principal do decreto eram os Diários Associados, cadeia de jornais que, sob a direção de Assis Chateaubriand, vinha realizando uma violenta campanha anti Vargas, como era do estilo desse jornalista" (Fausto, 2006, p. 152). O próprio Chateaubriand julgava que o Decreto-Lei traduzia um artifício contra suas empresas, como expressou em uma das emissoras de rádio de sua propriedade, com seu característico estilo:

Não pensem que a Lei Malaia é uma lei de Agamenon Magalhães. É uma lei de Getúlio, Agamenon é apenas seu instrumento. Creio que nunca se fez no Brasil uma legislação com tal ferocidade, com o objetivo exclusivo de exterminar uma organização que somos nós, os Diários Associados. Ao nos defendermos dela, onde arranjaríamos tempo para nos organizarmos, arrumarmos dinheiro, comprarmos máquinas? Mas há muitos anos nossa vida tem sido essa: defender nosso patrimônio. Aos pedaços, mas salvar de qualquer maneira. Só tenho tempo, na verdade, de andar com uma garrucha

no bolso e nas mãos um bacamarte e uma lata de Formicida Tatu para dar aos nossos inimigos. Damos Formicida Tatu, sim. Matamos alguns, mas se eles não tivessem morrido, não sei onde estaríamos. Nesses últimos anos, minha vida dói estar de carabina na porta dos Associados para defender este patrimônio. E acho que se eu não fosse paraibano, e do sertão, esse gaúcho já tinha me comido (Morais, 1994: 456).

O "gaúcho" em questão era Getúlio Vargas e, apesar do ácido discurso que fazia, Assis Chateaubriand e sua rede de comunicações por muitas vezes foram incrivelmente bem tratados pelo governo. Era uma relação inconstante, aquela que havia entre o governo Vargas e as empresas de Chateaubriand.

Se, como visto, a Lei Malaia não é a primeira lei com finalidade antitruste no Brasil, é o primeiro texto legal a disciplinar a concorrência como objeto específico. Uma breve leitura do texto é suficiente para mostrar que se pretendia privilegiar a eficácia dos atos estatais de controle do poder econômico, em detrimento das tradicionais garantias antepostas à "liberdade econômica": nele é possível detectar o desejo de que até mesmo as técnicas legislativas destinadas a assegurar a "certeza do direito" (a exemplo da clareza na redação do texto) fossem colocadas a serviço da ação regulatória do Estado, em detrimento da inviolabilidade jurídica da atividade dos empresários. Uma marca substancial a ser notada é que a Lei Malaia tinha caráter claramente administrativo (Forgioni, 2008, p. 120), destoando da dupla natureza civil e penal adotada pelo paradigma norte-americano, o Sherman Act. Caracterizava-se também pela amplitude dos poderes conferidos ao Estado. Uma vez estabelecidas as condutas contrárias "aos interesses da economia nacional" (que são várias, figurando dentre elas entendimentos entre empresas para elevar preços, restringir mercados, formar monopólios, quaisquer tipos de aquisição industrial, comercial ou agrícola que pudesse resultar nas primeiras, detenção por parte de estrangeiros de propriedades acima do necessário ao funcionamento de suas atividades, paralisação total ou parcial de atividades comerciais que resultem em aumento de preços, etc.), o processo seria simples. O recém-criado CADE, Comissão Administrativa de Defesa Econômica, fiscalizaria as operações. Quando constatasse uma irregularidade notificaria a empresa para que cessasse a prática dos atos indicados. Não cumpridas as recomendações do órgão, este teria a força de decretar a imediata intervenção na empresa, nomeando administradores que revertessem o processo. A intervenção seria temporária e duraria até a normalização da situação. Rigor ainda maior era reservado às atividades "nocivas ao interesse público". Qualquer das faltas enquadradas nesse conceito, quando ensejadas nas indústrias bélica, de base, editoras, de rádio e

teledifusão ou de divulgação e publicidade seriam penalizadas com a sua expropriação em favor do Estado. A mesma sanção se aplicaria às empresas estrangeiras e nacionais vinculadas a trustes estrangeiros se incorressem em atos contrários “aos interesses da economia nacional”. A expropriação seria paga com títulos públicos amortizáveis em 40 anos. O texto legal ignorava a intencionalidade dos agentes, dirigindo-se aos resultados das práticas econômicas, com base nos quais eram definidos os ilícitos. Outra característica importante do texto é a autorização para a punição de atos lesivos potenciais, afirmada pela repetição constante da expressão “desde que de tais atos resulte *ou possa resultar*” (Forgioni, 2008, p. 121). Havia, além disso, a preocupação com a imposição de definições para delimitar os conceitos, de forma a torná-los operativos, no sentido de favorecer a aplicação das sanções; assim, por exemplo, introduziu-se no texto uma definição de “empresa”¹⁴, destinada a eliminar possíveis dúvidas quanto aos casos em que se aplicaria o conceito. Por sua vez, a utilização preferencial da esfera administrativa (e não judicial) para a resolução de questões e aplicação de penas também revela uma opção pela celeridade, que se agrega às opções, já mencionadas, pela simplicidade e operatividade. Por conta dessas características, a Lei Malaia revelava a forte preocupação de conferir ao Estado brasileiro um instrumento efetivo de intervenção nos mercados, traduzindo a expectativa de redirecionamento de setores importantes da economia brasileira. A percepção de que esse potencial impacto poderia se verificar na prática foi justamente o que alarmou os seus opositores. Em suma, procurava-se dotar o Estado de um instrumental poderoso para controlar a conduta dos agentes econômicos, mediante a produção de efeitos de juridicidade, o que, previsivelmente, veio a despertar forte reação contrária. Esta, da parte de setores empresariais - representados pela CNI, e por associações rurais e comerciais - e da oposição política, foi rápida, feroz e agressiva (parte da oposição, lembra Forgioni (2008, p. 122), classificou o CADE de órgão “nazi-fascista”), como salienta Boris Fausto (2006, p. 152):

A CNI, acompanhada por associações rurais e comerciais, repudiou o decreto-lei, condenou seu conteúdo discricionário e assinalou, ao mesmo tempo, que a inflação não era resultado da manipulação de preços, mas devia-se, fundamentalmente, à incompetência do governo e dos erros da política econômica.

¹⁴ “Art. 1º. Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra “empêsa”, abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.” Grafia original.

As reações no meio jurídico não foram menos veementes. O novo decreto antitruste foi rapidamente repudiado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em nome da “*ordem jurídica da Nação*”, e pela Associação dos Advogados de São Paulo, ainda em junho de 1945; o Conselho do Distrito Federal da OAB, por sua vez, aprovou por unanimidade o protesto de Pinto Lima, afirmando que “*o decreto faz a ordem jurídica no Brasil regredir, constituindo um atentado contra a consciência do povo brasileiro*” (MATOS, 2011, p. 53). Os bacharéis instalados na direção das entidades da advocacia inspiravam-se fortemente no liberalismo. O motivo da polêmica pode ser melhor compreendido quando comparamos os aspectos técnico-jurídicos do instrumento antitruste brasileiro com a lei norte-americana. A natureza administrativa da Lei Malaia traduz uma visão “intervencionista” do papel do Estado em face do mercado, que exige um instrumental vigoroso nas mãos do Estado, ao contrário do Sherman Act, cuja natureza penal, cercando os empresários de garantias judiciais, revela uma crença no *laissez-faire* e a conseqüente opção pela não-intervenção econômica estatal.

A criação da Lei Malaia não visava propriamente ao estabelecimento de um “sistema econômico concorrencial”, desde as suas bases (mesmo porque essas já se consideravam dadas), e sim a controlar os abusos do poder econômico. A estrutura e o conteúdo do texto normativo não revelam uma pretensão codificadora do “direito econômico” ou mesmo de um “direito antitruste”. Ao invés disso, tratava-se de autorizar o Estado, de forma bastante simplificada, a praticar certas medidas de controle sobre os atos que traduzissem abuso do “exercício do poder econômico”, nos termos da velha noção de “polícia administrativa”, só que desta vez o “poder de polícia” assumia novos objetos, como o mercado, a empresa e a propriedade, considerados espaços “de liberdade”, que a ideologia liberal não podia aceitar que fossem sujeitos ao mesmo tipo de ações preventivas e repressivas que o direito reservava à criminalidade, ao tumulto, às epidemias, ao jogo, à prostituição ou ao uso de estupefacientes. Mesmo assim, os juristas acadêmicos já vinham procurando acompanhar as mudanças políticas e sociais aceleradas com a ampliação do alcance dos conceitos de que já dispunham, às vezes de forma dramática. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, na sua tese de concurso à cátedra de direito administrativo da Faculdade de Direito do Paraná, afirmava em 1942, em tempos de guerra, que,

à vista da gravidade da situação internacional, da confusão dos valores de vida - todos compreendemos a necessidade da regulamentação da liberdade de comércio (...)
Vamos encontrar: o Estado pela sua administração (uma das formas da atividade do Estado), no exercício pleno do poder de polícia. Buscando competência não só para

regular o comércio interno, mas também para impedir as oscilações fatais do mercado (FRANCO SOBRINHO, 1942, p. 7)

Para Franco Sobrinho, essa ampliação do alcance do poder de polícia ligava-se a uma questão crucial, talvez a mais fundamental de sua teoria jurídica, a saber, a dependência do indivíduo à sociedade, exacerbada ao ponto de assumir uma dimensão normativa: a vida em sociedade, dizia o jurista paranaense, apenas seria possível na medida em que os direitos do indivíduo fossem absolutamente dependentes da lei (definida como "ato político emanado do poder do Estado") e limitados pelos "interesses gerais de uma grande coletividade", encarnada no Estado, "representante por excelência dos interesses totais". A evidente vocação autoritária desse raciocínio - que levou Franco Sobrinho a recomendar uma "regulamentação (...) das conhecidas liberdades públicas" em termos idênticos àqueles propostos para a "liberdade de comércio" (FRANCO SOBRINHO, 1942, p. 7) - parece ser a consequência inevitável de uma dupla identificação: à identidade entre Estado e coletividade corresponderia, na outra ponta da relação entre "soberania" e "liberdade", a redução sumária do "indivíduo" ao *homo aeconomicus*. O equilíbrio entre esse sujeito-empresário e o Estado-coletividade, entre o "indivíduo" e o "grupo", seria o objetivo primário da constituição econômica:

Aquí, sem dúvida, reside o mérito das modernas elaborações constitucionais: a iniciativa individual, compreendida no valor de criação, de organização e de invenção do indivíduo; a intervenção do Estado no domínio econômico para naturalmente suprir as deficiências da iniciativa individual (FRANCO SOBRINHO, 1942, p. 8)

A generalização e a simplificação presentes nessas formulações nos fornecem uma pista importante para decifrar a repulsa à lei antitruste: a relação "comércio"/"Estado" era imediatamente remetida à relação "indivíduo"/"coletividade" e esta, por sua vez, conduzia imediatamente à equação "liberdade"/"autoridade". Em outras palavras, o esquema de pensamento liberal era integralmente reproduzido por um discurso "estatista" que não consistia em outra coisa além de seu espelho invertido: quanto menos "comércio", e mais "Estado", menos "liberdade individual". Nesta altura, fica mais fácil compreender porque a regulação econômica veio a se inserir juridicamente no âmbito do "poder de polícia", que em 1938 Themístocles Brandão Cavalcanti dizia incluir "todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos, em benefício do interesse colectivo, saúde, ordem publica, segurança,

e ainda mais, os interesses economicos e sociaes" (CAVALCANTI, 1938, p. 153). Ao mesmo tempo, não será difícil perceber a origem da assimilação da regulação de mercados a uma negação da liberdade, imputável a regimes "socialistas" ou "hitleristas" (que, do ponto de vista da equivalência "coletividade"="Estado"="autoridade", não se acreditava que diferissem em muito). Se "liberais" e "antiliberais" podiam concordar que as medidas de "defesa econômica" implicavam, em qualquer caso, um choque entre a "liberdade" do "indivíduo" e a "autoridade" do Estado, restava na sua aplicação qualquer coisa de odioso, de perigoso, de arriscado. Os juristas preocupavam-se em encontrar um equilíbrio (precário, mas necessário) entre aquele indivíduo que reclamava sua liberdade e um Estado-autoridade, ligado à função de conservação da sociedade; qualquer passo em falso poderia significar incorrer nos extremos da "anarquia" ou do "socialismo". Assim, para Franco Sobrinho (1942, p. 9),

A preocupação extrema do indivíduo ou do grupo levou o doutrinador político a exageros que chegam agora ao seu terrível extremo de guerra. Há sempre erro em se forçar o deslocamento de fenômeno jurídico da filosofia para a história.

A esse respeito, também pode ser reveladora a distinção feita, duas décadas antes, por Aarão Reis (1923, p. 29), em seu "Direito Administrativo Brasileiro", entre:

Direito Público - que, tendo por fundamento o *interêsse social*, concérne (*ad statum rei publicae pertinet*) ao exercício da **autoridade**, no intuito da firme manutenção da **igualdade social** de acôrdo com as **condições sociais gerais**; e o Direito Privado - que, tendo por fundamento o *interêsse individual*, concérne (*ad singulorum utilitatem pertinet*) ao exercício da **liberdade**, no intuito da indefectível manutenção das **dezingualdades individuais** de acôrdo com as **situações pessoais particulares**;

A continuada influência dessa conjugação da tradição positivista à tradição liberal certamente terá contribuído para manter o debate preso ao binômio "liberdade-autoridade", o que nos sugere que o esquema das representações jurídico-políticas comum aos discursos que disputavam a hegemonia intelectual no campo jurídico, no Brasil dos anos 1930 e 1940, não pôde se desvencilhar da assimilação da atuação dos agentes econômicos, enquanto "sujeitos de direito", ao exercício de uma "liberdade individual" a ser protegida da intromissão estatal; nesse contexto, a noção de "poder econômico" dificilmente encontraria lugar para afirmar-se e desenvolver-se. A ideia de que os fenômenos de mercado pudessem significar, na prática, uma potencial negação da liberdade dos demais indivíduos (como visto em

Northern Securities Co. v. United States, 1904) provavelmente soaria um tanto estranha aos ouvidos de publicistas e privatistas. Em vez disso, o debate centrava-se na questão de estabelecer-se até que ponto os "direitos de liberdade" - dentre eles a "liberdade contratual" franqueada aos particulares pelo direito civil - eram compatíveis com o "bem estar geral". Assim, por exemplo, para Francisco Campos (1937),

O princípio de liberdade deu em resultado o fortalecimento cada vez maior dos fortes e o enfraquecimento cada vez maior dos fracos. O princípio de liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança. Só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura.

Tratava-se, portanto, de encontrar um "justo" equilíbrio entre o Estado e o indivíduo, cujo objetivo maior era ponto pacífico entre "liberais" e "autoritários", subjacente à sua polêmica: esconjurar os fantasmas do "marxismo" e do "comunismo". Se para alguns isso só seria possível com a inviolabilidade da "sagrada" propriedade e da liberdade contratual, os ideólogos do Estado Novo apostavam que "o corporativismo mata o comunismo como o liberalismo gera o comunismo" (CAMPOS, 1937). Posições intermediárias eram possíveis, mantidos os termos do debate. O problema a que ambos os contendores procuravam responder era, no entanto, precisamente o mesmo, e sua formulação não era recente. Em 1923, Aarão Reis (1923, p. 27) ponderava que:

Os que exajéram o culto da **liberdade** - de que rezúltam as **dezigualdades individuais** - tendem a se revoltar contra a **autoridade** - de que **rezúlta a igualdade das condições sociais gerais**, - procurando eliminar o **Estado** perante o **individualismo**; ao passo que os que exajéram o culto da **autoridade** tendem a eliminar a **liberdade**, absorvido o **indivíduo** pelo **Estado**, transformando este num absoluto **comunismo**. Entre, porém, extremos tais (...) há um *meio termo* possível, razoável e eficiente (...)

As perspectivas do "antitruste", e mais amplamente a possibilidade de novas formulações dogmáticas no interior do direito administrativo, que correspondessem às exigências democráticas de regulação dos mercados, ainda em meados dos anos 1940, parecem ter ficado reféns da disjuntiva ideológica "liberdade-autoridade", marcada pelo pesadelo burguês da "ameaça comunista". As soluções políticas e jurídicas teriam de se

mover entre os extremos da "liberdade de ação" do indivíduo abstrato e a autoridade potencialmente "liberticida" do Estado; *tertium non datur*. Nada poderia estar mais distante de uma crítica da subordinação dos indivíduos ao poder das grandes organizações industriais, como aquela que viria a fazer, já nos anos 1950, Anísio Teixeira (1956):

A concentração de poder nos Estados seria a conseqüência da sua própria natureza expansionista como organizações do Poder - poder político. A concentração de poder na produção industrial seria, principalmente, um resultado da aplicação de métodos uniformes e mecânicos de produção. Os dois fenômenos são diversos, embora, tanto em um quanto em outro caso, se registre a mesma subordinação do indivíduo à organização, com perda conseqüente de independência e liberdade individual, tanto na organização do "Estado", quanto na produção moderna, seja esta, a meu ver, do tipo capitalista ou do tipo socialista.

6. REQUIEM

Não parece exagerado observar que a edição da Lei Malaia, ao aumentar os desacordos sobre o rumo da política econômica do pós-guerra, somada ao natural desgaste de um governo autoritário de longos 15 anos de duração, contribuiu para a deposição de Vargas, no fim de outubro de 1945 - como vimos, isto tinha a ver com um imaginário jurídico que insistia em confundir "liberdade", propriedade e contratualidade.

Com eleições presidenciais marcadas para o segundo dia de dezembro de 1945, e talvez inspirado pela incipiente campanha em apoio à sua reeleição, Vargas veio a tomar medidas que inspiraram muitíssima desconfiança da oposição¹⁵. Dizia-se que com essas ações Vargas pretendia tumultuar o pleito presidencial e oferecer resistência à sucessão. Após consulta à cúpula militar os generais Góis Monteiro e Dutra efetivaram o encurtamento do mandato de Vargas. Na noite do dia 29 de outubro de 1945 Vargas assinou a renúncia, com o Palácio do Catete tomado por militares. A eleição marcada realizou-se e o general Eurico Gaspar Dutra tomou posse como presidente. Antes mesmo de realizar-se a eleição de dezembro, apenas 11 dias depois da deposição de Getúlio Vargas, o então presidente

15 Adianta as eleições estaduais, que seriam realizadas em maio de 1946, para a data do pleito presidencial e nomeia seu irmão para a chefia de polícia do Distrito Federal.

provisório José Linhares em 09.11.45 promulga o Decreto Lei 8.167¹⁶, cuja simplória redação não consegue esconder seu forte simbolismo:

DECRETO-LEI Nº 8.167, DE 9 DE NOVEMBRO DE 1945. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, DECRETA: Art. 1º Fica revogado o Decreto-lei nº. 7.666 de 22 de junho de 1945. Rio de Janeiro, em 9 de novembro de 1945, 124º da Independência e 57º da República. JOSÉ LINHARES.

A Lei Malaia não chegou a entrar em vigor. Como disposto em seu artigo 32, a lei deveria ser regulamentada pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores em um prazo de 30 dias, o que nunca chegou a ocorrer.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da Lei Malaia em chave historiográfica nos sugere que, no âmbito da técnica jurídica, conciliar as exigências do intervencionismo à principiologia liberal não se mostrou uma tarefa fácil. Por outro lado, ajuda a nos lembrar que a atual forma de regulação "antitruste" não é a única possível. A atual forma de "regulação do mercado", mediante a legislação antitruste, preserva, na prática, a hegemonia dos monopólios e oligopólios, mantendo as estruturas dos mercados ao mesmo tempo em que não contraria os interesses do poder econômico - o que justifica o debate sobre outras formas de fazê-lo, para o que é importante tentar alargar nossos horizontes, evocando as experiências passadas. O texto da Lei Malaia, seu contexto e o "evento" que a envolve são reveladores das tensões de um período marcado pela industrialização e pelo surgimento de novos atores sociais. A Lei Malaia significou uma tentativa de ampliar o instrumental do Estado para "intervir na economia", movida por um tipo peculiar de nacionalismo, por uma nova visão sobre o "papel do Estado" e por significativas pressões políticas, mas que, assim como o Sherman Act nos EUA, não entrava em choque com a propriedade privada e a "liberdade de empresa". Sua natureza administrativa traduzia uma visão "intervencionista" do papel do Estado em face do mercado, a exigir um instrumental poderoso, ao contrário do Sherman Act que, cercando os empresários de garantias judiciais, revela uma crença no *laissez-faire* e a consequente opção pela não-intervenção econômica estatal. A preocupação básica, entretanto, parece ter sido a

16 Texto integral em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8167.htm . Acessado em 30/04/2011.

mesma: proteger a "economia popular", os preços, o abastecimento, da ação das grandes corporações, a fim de se evitar os possíveis prejuízos causados pela concentração de mercados. Em ambos os casos, não se tratava exatamente de criar um sistema econômico concorrencial, mais eficiente, otimizador de perdas. O importante, em ambos os casos, era controlar os "abusos" que vinham ocorrendo em certos setores da economia. Infelizmente, no caso brasileiro, o debate político e jurídico da época não foram capazes de avaliar a proposta "antitruste" segundo critérios autônomos, presos que estavam ao dilema entre um totalitarismo já desacreditado e a restauração dos princípios liberais "clássicos", o que contribuiu para a sua derrota prematura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. *A construção do nacional-desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a dinâmica de interação entre Estado e mercado nos setores de base*. Disponível em: <<http://sitemason.vanderbilt.edu/files/gmpzFe/Bastos%20Pedro%20Paulo%20Zahluth.doc>>.

BERLE JR, Adolf e MEANS, Gardiner. **A propriedade privada na economia moderna**. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Perfis parlamentares: Agamenon Magalhães**. Discursos Parlamentares. Sel. Nilo Pereira. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. São Paulo: CPDOC/FGV, 2002. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

DILORENZO, Thomas J. **The origins of antitrust: an interest group perspective**. *International Review of Law and Economics*, n. 5, p. 73-90, 1985.

DINIZ, Eli. **Empresário, estado e capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Da vida para a história: reflexões sobre a era Vargas. AXT, Gunter (org.). Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Memorial do Ministério Público, 2005.

FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas: o poder e o sorriso**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FERREIRA, Waldemar. O "trust" anglo-americano e o "fideicomiso" latino-americano. In: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Leopoldo Melo*, Asociación Argentina de Derecho Comparado. Distribuidora Exclusiva Tipográfica Argentina S. A., Buenos Aires, 1956, pp. 79-94. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66250/68860>>.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Problema da Municipalização dos Serviços Públicos**. Curitiba: Tip. João Haupt & Cia., 1942.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

LAMOUNIER, Bolívar. **Do modelo institucional dos anos 30 ao fim da era Vargas**. As instituições brasileiras da era Vargas. D'ARAUJO, Maria Celina (org.). Rio de Janeiro: EdUERJ, 1999.

LIPARTITO, Kenneth. *The Antimonopoly Tradition*. **University of St. Thomas Law Journal**, Volume 10, Issue 4, Spring 2013: *Law and the History of Corporate Responsibility*. Minneapolis: University of St. Thomas, 2013, pp. 991-1012. Disponível em: <<https://ir.stthomas.edu/ustlj/vol10/iss4/>>.

MAGALHÃES, Agamenon. **Abuso do poder econômico**. Recife: Folha da Manhã, 1949; Revista Forense, p.285-289, ago. 1949.

MATOS, Marco Aurélio Vannuchi Leme de. **Os Cruzados da Ordem Jurídica**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2011.

MILLON, David. The Sherman Act and the Balance of Power, *Southern California Law Review*, Vol. 61, 1988, pp. 1219-1292. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/184/>>

MORAIS, Fernando. **Chatô: o Rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

PERITZ, Rudolph J. *A Counter-History of Antitrust Law*. **Duke Law Journal**, Vol. 39, Number 2, (April 1990): *Frontiers of Legal Thought I*. Durham: Duke University School of Law, 1990, pp. 263-320.

REIS, Aarão. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Villas-Boas & C., 1923.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

SULLIVAN, Edward e HARRISON, Jeffrey. **Understanding antitrust and its economic implications**. 2ª ed. New York: Matthew Bender, 1994.

TEIXEIRA, Anísio. *Administração pública brasileira e a educação*. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Rio de Janeiro, v. 25, n.63, 1956, p. 3-23.

WILLIAMSON, Harold F. **The Growth of the American Economy**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1959.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.