

UM OLHAR ESTRANGEIRO SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Heloísa Carpena**

1. Introdução: visão panorâmica; 2. Sistema jurídico de defesa da concorrência. Sherman Act e sua interpretação no sistema de common law. Critérios de julgamento: Rule of reason. Per se rule. Outros estatutos federais que disciplinam a matéria - Clayton Act, Federal Trade Commission Act - breve histórico de sua aprovação. 3. Estrutura administrativa da defesa da concorrência: os órgãos de atuação – DOJ e FTC. A atuação dos Attorney General nos estados. The public choice theory; 4. A Escola de Chicago: análise econômica do direito da concorrência. Princípios, seus seguidores e críticos; 5. Jurisprudência: leading cases; 6. A proteção da concorrência e o desenvolvimento da indústria do petróleo no Texas; 7. Direito Antitruste atual: o caso Microsoft.

1. Introdução: visão panorâmica

Enquanto no Brasil resumimos a história do Direito da Concorrência a pouco mais de quatro décadas, considerando como marco inicial a edição da Lei 4.137 de 1962, os EUA registram o surgimento das primeiras leis antitruste ainda no fim do século XIX¹. Este dado já seria suficiente para justificar uma análise mais cuidadosa da experiência desse país no tema, mas não é o único. A estrutura do sistema antitruste norte americano, a farta jurisprudência que se formou nas cortes federais e o intenso debate doutrinário que o assunto enseja desde então, tornam certa a contribuição do estudo em sede de Direito Comparado para o desenvolvimento de uma cultura da concorrência em nosso país.

Antes mesmo do advento do Sherman Act (1890), estatuto que até hoje regula a matéria, já se pensava na importância de disciplinar a concorrência

* Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ *Visiting Scholar* na *University of Texas at Austin* (2003) Procuradora de Justiça no Rio de Janeiro

¹ As primeiras leis estaduais de defesa da concorrência foram aprovadas nos seguintes estados: Maryland (1867), Tennessee (1870); Arkansas (1876), Texas (1876); Georgia (1877); Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, North Carolina, North Dakota, South Dakota, Washington (1889), Kentucky, Louisiana, Mississippi (1890), Alabama, Illinois, Minnesota (1891) e Califórnia (1893). (MCCHESENEY, Fred S. & Shughart, William F. *The causes and consequences of antitrust. The public-choice perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995, p.256).

entre as empresas, seja como forma de proteção dos pequenos negócios, como dos próprios consumidores, num mercado e indústria florescentes, cuja pujança o século seguinte veio por em evidência e para a qual o ideário das normas protecionistas contribuiu decisivamente. A opção pelas pequenas empresas ou pelos consumidores revela ambivalência que é característica do tema, divergindo os estudiosos sobre a determinação dos objetivos das leis antitruste. Esta questão, longe de ser retórica, reveste-se de enorme relevância na medida em que define o conteúdo de elementos da própria lei, definindo portanto os contornos do âmbito de sua aplicação, como veremos em detalhe adiante.

Interessante igualmente observar as mudanças ocorridas na titulação das ações judiciais propostas com fundamento em normas de defesa da concorrência. Enquanto num primeiro momento foram as agências oficiais – dentre elas também o Ministério Público – a tomar a iniciativa de proteger pequenas empresas e consumidores, pouco a pouco transformaram-se as leis antitruste num poderoso instrumento de confrontação das próprias empresas envolvidas², fato que causa a mudança do enfoque de sua análise do público para a esfera do privado, destacando, também nessa área, a indeterminação de fronteiras entre os dois campos do saber jurídico³.

Tal mudança traz para o debate a existência de problemas na estrutura do sistema governamental de defesa da concorrência, muitos deles comuns aos dois países, em especial quanto à escolha do interesse a ser protegido, ou à própria definição do interesse público. Embora não possua um órgão administrativo com funções jurisdicionais, à semelhança do CADE brasileiro, o sistema americano encontra-se organizado a partir de dois poderosos parceiros: o *Department of Justice (DOJ)* e o *Federal Trade Commission (FTC)*, que compartilham as mesmas funções, atuando a nível federal segundo uma divisão

² “*Members of the private antitrust bar also influence antitrust policy and goals. Private suits outnumber public enforcement initiatives at roughly a 10 to 1 ratio. Almost all the Supreme Court’s important decisions of the last two decades have come in privately initiated antitrust suits.*” (Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes. *The law of antitrust: an integrated handbook*. St. Paul, MN: West Group, 2000, p.9)

³ A doutrina francesa destaca este aspecto, com referência à noção de Direito Econômico, no qual se insere o Direito da Concorrência, confira-se: “...como marca de uma especificidade, o fato de que ele escapa materialmente, substancialmente, à distinção direito público/direito privado. É, ao que parece, um direito misto, se se entender com isto um direito cujas fontes e concretização implicam geralmente uma ‘mistura’ de autoridades públicas e privadas.” (Gerard Farjat. *A noção de Direito Econômico*. Revista de Direito do Consumidor. v. 19. julho/setembro 1996, p. 36)

apenas temática. Não há, portanto, superposição de funções, possuindo esses órgãos divisões regionais, que atuam em colaboração com as autoridades dos estados, quais sejam, os Ministérios Públicos estaduais. Essa organização denota também a proximidade do tema com a proteção do consumidor, eis que esses mesmos órgãos são responsáveis pelos dois assuntos.

A atuação direta do Poder Público põe em destaque o caráter intervencionista da aplicação destas leis, indissociável de um projeto maior de sociedade. Embora atualmente seja consenso a ingenuidade da crença de que as leis antitruste são o “bastião do livre mercado”⁴, não há dúvida quanto ao seu papel de afirmação do sistema capitalista, cujas origens vamos encontrar no clássico de Adam Smith⁵, que já então apregoava a importância da garantia do seu bom funcionamento. Permanece a indagação, mais de dois séculos após, sobre o paradoxo que marca esse ramo do direito, a preservação da liberdade de iniciativa, ao contrário de deixar ao próprio mercado a sua regulação, justifica a vigilância e intervenção do Estado em sua dinâmica.

O objeto da proteção das leis antitruste seria, lá como cá, apenas a preservação da chamada “eficiência alocativa”⁶ ou também lhes incumbiria zelar por melhor distribuição da riqueza produzida?

A questão revela com clareza a natureza interdisciplinar do assunto, a reclamar a verificação do pensamento dos economistas, que nos EUA deram o primeiro passo⁷ para analisar o caráter interventivo do Direito Antitruste, investigando suas causas e conseqüências. Daí encaminhou-se o debate doutrinário entre os juristas, fazendo surgir nos anos 60, no direito norte-americano, a chamada Escola de Chicago, integrada à corrente de pensamento identificada com os ideais do liberalismo clássico, a qual propõe analisar os problemas jurídicos a partir de uma perspectiva puramente econômica: *Law and economics*. O direito da concorrência, como o principal ramo do direito econômico, recebeu deste

⁴ “...we seek to dispel the naive view that antitrust is the bulwark of free markets... antitrust enforcement is shaped largely by private interests and not by the public interest.” (Fred S. Mcchesney & William F. Shughart, *The causes ...* p. X)

⁵ *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Edinburgh: published by Adam, Black and William Tait, 1828

⁶ Assim definida por José Reinaldo Lima Lopes como “a capacidade de produzir mais e melhores bens de consumo” (*Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. v. 34. abril/junho 2000, p. 79)

⁷ Vale citar, por todos, Robert Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books, 1978

movimento especial atenção, tendo seus autores se dedicado a justificar o ato de intervenção apenas a partir da verificação da eficiência econômica, sem contemplação de valores sociais.

Embora as diferenças sociais no Brasil indiquem de antemão o caminho a ser trilhado, esta corrente doutrinária é extremamente consistente e influente nos EUA, o que indica ser oportuna a investigação de seus princípios e metodologia, quando mais não seja para compreender o alcance das críticas contundentes que vem recebendo da própria doutrina norte-americana.

A seguir, importa lançar o olhar sobre a jurisprudência que se formou nesses anos de aplicação do Sherman Act, não apenas dada a relevância desta fonte do Direito no sistema de *common law*, mas sobretudo a fim de traçar um panorama completo do sistema, tal como funciona atualmente. A história registra importantes marcos na análise dos casos pelas Cortes Federais e pela Suprema Corte, desde o julgamento *Standard Oil* (1909) até o *Alcoa case* (1945) e *Grinell* (1966), observando-se uma evolução no entendimento pretoriano no tocante às provas necessárias à demonstração da conduta anticoncorrencial, evolução no sentido da aplicação do *per se rule* até a difusão do *rule of reason*, regra de razoabilidade, menos rígida, tal como ocorre no Direito Brasileiro, tanto em sede de concorrência, como no Direito do Consumidor.

Expressivo exemplo do impacto provocado pela proteção da concorrência na organização industrial americana encontra-se na indústria do petróleo, a qual, no início do século XX, teve seu principal *trust*, capitaneado por John Rockefeller, condenado a se dissolver por decisão judicial, o que possibilitou o crescimento da atividade nas ricas jazidas do Texas não por uma, mas por várias empresas, algumas das quais continuam a existir até hoje, como Texaco, Mobil, Gulf Oil e outras. A ação, proposta pelo Ministério Público, representou um marco na história do direito antitruste⁸, evidenciando tanto a influência que as leis estaduais tiveram na aprovação do *Sherman Act*, como também o poder que estas novas questões envolviam. A questão ensejou grande mobilização social, polarizando os *trustbusters* e os *defenders* em torno de um tema que já havia encontrado acolhida no estado, um dos primeiros a aprovar sua lei de proteção da concorrência, em 1876.

A saborosa história da *Standard Oil*, no entanto, não espelha nem de longe a realidade atual, quando prevalecem em tema de concorrência os litígios entre particulares, e as sanções impostas tem se mostrado menos contundentes.

⁸ “... the dissolution marked a turning point in the evolution of the modern oil industry market structure” (Joseph Pratt. *The petroleum industry in transition: antitrust and the decline of monopoly control in oil*. Journal of Economic History v.40, 1980, p. 815)

O relato serve porém de contraponto para a recente – e não menos famosa – história de um outro gigante nos tribunais americanos, a *Microsoft*. Ao contrário do ocorrido na indústria do petróleo, a megaempresa da indústria da informática permanece íntegra, a despeito da comprovação de inúmeras violações às leis antitruste. Vale portanto um relato, ainda que resumido, das duas ações, a demonstrar a importância da missão confiada aos órgãos oficiais de defesa da concorrência, tanto na América quanto no Brasil.

A grande corporação faz parte não apenas da estrutura do sistema econômico norte-americano, mas sobretudo da cultura desse país⁹, tendo forjado verdadeiros ícones do capitalismo: os Rockefeller, Henry Ford, Bill Gates e outros tantos, conhecidos personagens da revista *Fortune*. O Direito da Concorrência, no entanto, também é produto dessa cultura, a despeito de sua natureza claramente intervencionista. Preservar a concorrência significa garantir a própria sobrevivência do sistema capitalista, ao assegurar a observância das regras do mercado em igualdade de condições.

Os primeiros tempos da proteção da concorrência americana não indicaram qualquer preocupação com os consumidores, era a pequena empresa que se queria colocar a salvo dos *octopus*¹⁰ de então, compreendida em harmonia com o pensamento da época e como condição para o desenvolvimento da economia. A articulação das primeiras leis antitruste estaduais, que impulsionaram a aprovação do estatuto federal, não foi motivada por preocupação social referente a qualidade de produtos ou mesmo preços, mas sim por um desejo de conservação das posições da burguesia industrial. Veja-se então como este sistema se encontra hoje estruturado.

2. Sistema jurídico de defesa da concorrência. *Sherman Act* e sua interpretação no sistema de *common law*. Critérios de julgamento: *Rule of reason*. *Per se rule*. Outros estatutos federais que disciplinam a matéria - *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act* - breve histórico de sua aprovação.

A norma de regência da matéria no direito norte-americano é o *Sherman Act*, aprovado em 1890, o qual integra o *United States Code Service*,

⁹“*The large corporation is here to stay. Those who would break it up and confine its operations within national boundaries are at war with history and circumstance. People want large tasks performed – oil recovered from the North Sea, automobiles made by millions to use it. Large tasks require large organizations. That is how it is.*” (John Kenneth Galbraith. *The age of uncertainty*. Boston: Houghton Mifflin Co, 1977, p. 277)

¹⁰ Assim era chamada a *Standard Oil*, destacando seus “tentáculos”, visto que se encontrava espalhada por vários estados americanos, atuando através de inúmeras subsidiárias.

em seu título 15. Embora o direito antitruste possa se dizer *statutory law*, vez que se encontra baseado num estatuto, ele é sobretudo *common law*, na sua lógica e na sua técnica, sendo quase completamente calcado nos precedentes jurisprudenciais¹¹. Esta conclusão se apóia na própria literalidade do estatuto em questão, o qual se encontra redigido em termos imprecisos, a reclamar sua integração pelas decisões dos Tribunais. Não foi outro o propósito do legislador, como se pode extrair das próprias palavras do Senador Sherman, em discurso ao plenário por ocasião da votação da lei:

*“I admit that it is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do is to declare general principles, and we can be assured that the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law...”*¹²

Inobstante tenha sido lacônico quanto ao seu conteúdo, o *Sherman Act* definiu uma das principais características do sistema americano, qual seja, o tratamento diferenciado entre atos concertados e atos unilaterais, atraindo a invocação da Seção 1 e 2, respectivamente, e assim submetendo cada espécie de ato a uma disciplina própria, com sancionamento correspondente à gravidade da infração.

A primeira seção do *Sherman Act* trata de acordos restritivos do comércio, declarando sua ilegalidade, vale transcrever:

“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 hereby declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corpora-

¹¹ Neste sentido leciona Herbert Hovenkamp: “One solution to the problem of ambiguous statutory language and legislative history is to assume that antitrust violations are a kind of common law offense, where judicial precedents defines the substance of legal rules to be applied.” (Federal antitrust policy. The law of competition and its practice. Hornbooks series. S Hornbooks series. Saint Paul, Minn.: West publishing Co., 1994, p.52.). Para um panorama das decisões da common law, em material de concorrência, anteriores ao Sherman Act, vale conferir do mesmo autor: The Sherman Act and the classical theory of competition, Iowa Law Review, v.74, 1989, p. 1019.

¹² 21 Cong. Rec. 2457, 2460. (US v. Topco Associates, Inc. - 405 US 596, 620, 92 S. Ct. 1126)

tion, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

A invocação da *Section 1* pressupõe a existência de contrato, combinação ou conspiração, ou seja, de um acordo de vontades que implique, de qualquer modo, numa restrição ao livre comércio ou a concorrência. A questão deve também envolver o comércio entre mais de um estado, ou com outros países, tornando aplicável a lei federal. Porém, todo contrato mercantil em alguma medida tem por fim restringir ou limitar a atividade de uma das partes em proveito da outra¹³, tornando assim imperioso estreitar a aplicação do preceito. A jurisprudência então, ao interpretar o dispositivo, passou a exigir ainda um outro requisito, qual seja, que a restrição imposta por esse acordo não seja razoável ou justificável (*unreasonable*). Criou-se assim um outro conceito, cujo conteúdo é marcadamente indeterminado: razoabilidade (*reasonableness*).

A Suprema Corte não definiu o alcance desse requisito, tendo construído uma jurisprudência que vem se modificando ao longo do tempo, como será visto em detalhe no item 5 a seguir, e pautando a análise do ato questionado segundo dois critérios de julgamento: o *rule of reason* e o *per se rule*.

A opção do órgão julgador por um ou outro critério determina basicamente a distribuição do ônus da prova, questão essa que, embora seja discutida em outras áreas, constitui indagação característica do direito antitruste norte-americano e portanto tema constante do debate doutrinário¹⁴. Como afirmado textualmente pela Suprema Corte, o *rule of reason* é o critério predominante no julgamento das questões concorrenciais fundadas na Seção 1¹⁵, inobstante seja grande a aplicação do *per se rule*, critério empírico, estabelecido pela reiterada apreciação de

¹³ Na precisa observação do Justice Brandeis, no julgamento de Board of Trade of City of Chicago v. United States - 246 US 231, 38 S. Ct. 242 (1918) - pela Suprema Corte: “*Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence.*” (Em tradução livre: todo acordo referente a comércio, toda regulação do comércio, é restritiva. Restringir é da sua própria essência).

¹⁴ James E. Hartley, *The Rule of Reason*, American Bar Association – Antitrust section - Monograph n. 23, 1999; Mark R. Patterson, *Symposium: the future course of the rule of reason: the role of power in the rule of reason*. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2000, p. 429; Richard Posner, *The rule of reason and economic approach*. *University of Chicago Law Review*. v. 45, 1977, p. 1-20.

¹⁵ “...*the prevailing standard of analysis*” [and that the rule of reason is] “*applied for the majority of anticompetitive practices challenged under Section 1 of the Act*”. (Continental TV Inc. v. Sylvania Inc. – 433 US 36 97 Ct. 2549 (1977))

determinada conduta pela corte, que termina por conduzir a uma presunção, contra a qual o réu não pode produzir prova em contrário.¹⁶ O critério, além de vantajoso em termos de previsibilidade, favorece ao autor, que somente terá que provar a existência do fato, sem maiores considerações sobre sua causa ou conseqüências.

Poucas são as hipóteses de julgamento segundo a *per se rule*, de que seriam exemplos os *tie-in arrangements* (venda casada), *price-fixing* (acordo para fixação de preços), *group boycotts* (boicote), *horizontal division* (divisão de mercado) e *vertical price maintenance* (preço sugerido), entre outros. As categorias ou classes de conduta tratadas como *per se illegal* foram se modificando na jurisprudência da Suprema Corte com o passar do tempo. A Corte ressaltou a importância dessas regras, sua vantagem na simplificação do julgamento e sua aplicabilidade da seguinte maneira:

‘(T)here are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable—an inquiry so often wholly fruitless when undertaken.’¹⁷

Embora a distinção tenha gerado grande discussão conceitual, a dicotomia é aparente pois, como se vê, o estabelecimento do critério de ilegalidade *per se* também envolve um juízo de valor para subsunção da conduta à regra, para num Segundo momento, negar à empresa a produção de provas que demonstrem a inexistência de efeitos anticoncorrenciais, que na espécie são presumidos¹⁸.

¹⁶ “The *per se* rule is an empirical rule. To be sure, the legal jargon sometimes requires a judge to hold certain conduct illegal *per se* as a ‘matter of law’ rather than fact. But the judge arrives at that conclusion only because courts have had sufficient experience with a certain kind of practice that they can comfortably pigeon-hole it into the *per se* box.” (Herbert Hovenkamp, *Federal ... op.cit.* p.229)

¹⁷ Justice Black, no julgamento *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 US 1, 5, 78 S. Ct. 514, 518, 2 L. Ed. 2d 545

¹⁸ “In fact, all legal analysis is ‘*per se*’ to one degree or another. The *per se* rule says that

Exatamente o oposto ocorre nas decisões em que se utiliza a *rule of reason* como critério de julgamento. Ainda que tenha sido comprovada a prática do ato, o réu poderá demonstrar a produção de efeitos favoráveis à concorrência, justificando sua conduta e afastando a ilegalidade. Nesses casos, o órgão julgador deverá analisar as condições do mercado como um todo, a parcela de mercado da mercado (*market share*), seu poder de mercado, a história da própria empresa, os efeitos produzidos e os que possivelmente se produzirão, questionando enfim todos os aspectos de fato da questão e exercendo portanto cognição ampla. Vale citar novamente a decisão da Suprema Corte no caso Chicago Board, transcrevendo as palavras do Justice Brandeis, que procuram definir o que seja o julgamento segundo essa regra:

*“The true test of illegality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied: its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences.”*¹⁹

É evidente que o julgamento segundo a *per se rule* tende a ser mais rigoroso e é possível imaginar que a mesma conduta seja considerada ilegal segundo esta regra e, ao mesmo tempo, legal, por uma análise segundo a *rule of reason*. A prova, nessa hipótese, deve alcançar até mesmo o prejuízo causado aos competidores, ou ao mercado como um todo, o que favorece certamente a posição do réu, considerando-se as naturais dificuldades para demonstrar danos muitas vezes apenas potenciais.

A Seção 2 do *Sherman Act*, por seu turno, cuidou dos atos anticoncorrenciais unilaterais, nos seguintes termos:

once we know a certain amount about a practice we can pass judgment on its legality without further inquiry. The difference between a ‘per se’ and a ‘rule of reason’ standard lies in how much we need to know before we can make that decision.” (*idem*, p.228)

¹⁹ *Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States.* (1918)

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Basta que a pessoa, ou a empresa, pratique o ato que cria ou pelo menos tenda a criar monopólio, para que este seja considerado ilegal. Não há, nessa hipótese, qualquer acordo de vontades, agindo a empresa unilateralmente. Esse tipo de violação não é tão severamente reprimido quanto aquele da Seção 1, praticado por mais de uma pessoa.

Curiosamente, a mesma conduta pode ser admissível nos termos da Seção 2 e não sê-lo quando praticada por mais de uma empresa, em conluio. Assim ocorre com a decisão de não negociar com determinado concorrente ou com a que determina o encerramento das atividades de um distribuidor, por exemplo. Tais atos, se praticados unilateralmente, por uma só empresa, não podem ensejar conseqüências do ponto de vista da proteção da concorrência. Contudo, havendo um acordo entre empresas para tal fim, segundo os termos da Seção 1, poderão ser considerados ilegais, e portanto proibidos e sancionados.

Para que o ato possa ser enquadrado no disposto na Seção 2, que trata especificamente de monopolização (*monopolization*), o autor precisa definir o mercado relevante (*relevant product market/relevant geographic market*), demonstrar que a empresa possui de poder de mercado (*monopoly power*), considerar a parcela de mercado da empresa (*market share*), bem como a existência de barreiras de entrada de novos competidores. Não basta que a empresa acusada de monopolizar tenha poder de mercado, em termos quantitativos, para caracterizar a infração o autor precisa demonstra que ela efetivamente tem poder de elevar seus preços e excluir concorrentes e que efetivamente adotou conduta monopolística (*anticompetitive or exclusionary conduct*). A prova deste fato – extremamente difícil na prática - pode ser direta ou circunstancial.

Ainda na Seção 2, a lei proibiu a tentativa de monopolizar (*attempted monopolization*), exigindo-se para sua caracterização os seguintes requisitos: conduta monopolística (*monopoly conduct*), a intenção específica de mono-

polizar o mercado (*specific intent to monopolize*) e ainda uma considerável probabilidade de obtenção do monopólio (*dangerous probability of success*). A mera possibilidade de danos à concorrência não é suficiente para configurar a infração concorrencial, é preciso comprovar que a prática do ato questionado muito provavelmente, se autorizado, ensejaria a redução da competição num dado mercado.

Quando se trata de questão fundada na Seção 2, não há a referida dicotomia entre os modelos de análise, não se aplicando portanto a distinção entre *per se rule* e *rule of law*.

Ao contrário do que se esperava, a aprovação do *Sherman Act* deflagrou uma onda de fusões e incorporações de empresas²⁰, na crença de que o estatuto iria proibir a formação de cartéis, mas não estas formas de associação empresarial, envolvendo o próprio controle das companhias. Diante deste fenômeno, a administração subsequente – do Presidente Wilson – aprovou, em 1914, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*²¹. O *Clayton Act* elencou uma série de práticas anticoncorrenciais, proibindo certos atos tais como: a diferenciação de preços (*price discrimination*), venda casada (*tying arrangements*), venda com exclusividade (*exclusive dealing*). Além de vedar expressamente tais condutas, ampliou a legitimidade das empresas concorrentes para a propositura de ações judiciais e reprimiu mais severamente as fusões e incorporações.

O *FTC Act* criou a agência de implementação da proteção da concorrência e do consumidor, ao mesmo tempo permitindo a imputação de responsabilidade civil às empresas pela prática de atos anticoncorrenciais e condenando a concorrência desleal. O estatuto deu grande poder à agência, inclusive o de identificar outras condutas lesivas à concorrência, além daquelas previstas nos textos legais. O *FTC* detém até hoje tal prerrogativa, exercendo a função de órgão executor das políticas federais antitruste, como será visto em detalhe adiante.

O surgimento de ambos os estatutos, no contexto histórico em que se deu, está associado sobretudo a uma preocupação com a proteção da pequena empresa e não com os consumidores, tendo se verificado o mesmo na história da

²⁰ O período em questão vai de 1895 a 1905, e ficou conhecido como “*merger wave*”. (Hovenkamp, *op. cit.* p. 56)

²¹ 15 USCA par. 12ss e 15 USCA par. 41ss

aprovação de outras leis relacionadas com a matéria: o *Robinson-Patman Act* (1936) e o *Celler-Kefauver Act* (1950). Essas leis introduziram alterações na redação do *Clayton Act* par. 2 e 7, respectivamente, tornando mais rigoroso o controle de preços diferenciados e as fusões e incorporações. Vale conferir a doutrina sobre o assunto:

“Most of substantive federal antitrust laws were passed in four years: 1890, 1914, 1936 and 1950. The legislative history of the Sherman Act of 1890 contains the best case for efficiency view: that Congress intended the anti-trust laws to protect consumers from the high prices and reduced output caused by monopolies and cartels. The legislative history of the Federal Trade Commission Act and Clayton Act of 1914 is somewhat more concerned with the protection of small business from the unfair or exclusionary practices of bigger firms. The legislative history of the Robinson-Patman Act in 1936 and the Celler-Kefauver Amendments to the anti merger provisions of the Clayton Act in 1950 depart much more decisively from any consumer welfare model. In both 1936 and 1950 Congress was concerned chiefly with protecting small business from larger competitors who faced lower costs, even though the result of such protection would be lower total output and higher consumer prices.”²²

Além das demandas entre as empresas (*private enforcement*), hoje mais frequentes e numerosas, a aplicação dessas normas está a cargo de duas instituições públicas, a nível federal, o *Federal Trade Commission* (FTC) e o *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ). Nos estados, sua implementação é atribuição do *Attorney General’s Office*, que atua em parceria com as agências federais.

3. Estrutura administrativa da defesa da concorrência: os órgãos de atuação – DOJ e FTC. A atuação dos *Attorney General* nos estados. *The public choice theory*

O sistema administrativo norte-americano de defesa da concorrência possui duas características marcantes: é extremamente articulado e abrangente, tanto do ponto de vista geográfico, como quanto às matérias tratadas. A rigor, quando se trata de implementação titularizada por órgãos públicos (*public*

²² Hovenkamp, *op. cit.* p. 50.

enforcement), a legitimidade para propor ações fundadas no *Sherman Act* é exclusiva do Departamento de Justiça. Contudo, conforme disposto no par. 5 do *Federal Trade Commission Act*, esta Comissão pode ajuizar ações para coibir práticas concorrenciais desleais (*unfair methods of competition*), objeto mais amplo, que inclui as condutas proibidas pelo *Sherman Act*, além de outras por este não contempladas. As duas agências têm legitimação concorrente para demandas propostas com fundamento no *Clayton Act*. Assim, evidencia-se a sobreposição de atribuições entre os dois órgãos, fato que justifica uma atuação coordenada de ambos, que dividem entre si as matérias a serem investigadas, conforme melhor disponham de recursos técnicos e de pessoal. Há um procedimento de notificação recíproca, que evita a duplicidade de iniciativas.

A matéria criminal, porém, fica inteiramente a cargo do DOJ, visto que a FTC não possui legitimação para a persecução penal. O ajuizamento de ação penal em razão de prática anticoncorrencial somente ocorre extraordinariamente, eis que depende da inequívoca demonstração da intenção do agente. Sua caracterização envolve uma série de requisitos, a saber: (1) acordo, atual ou até mesmo aparente entre os competidores, (2) que este acordo resulte em aumento de preços e redução de oferta, (3) a existência de fraude e (4) a consciência das prováveis conseqüências da conduta, lesivas à concorrência.

O DOJ vem adotando atualmente uma estratégia de concentrar seus esforços e recursos na investigação de cartéis internacionais, cuja atuação repercute em relação aos consumidores e empresas norte-americanas. Segundo seus relatórios estatísticos²³, as investigações em andamento se desenvolvem em 25 países, em 6 continentes. Desde 1997, a Divisão obteve condenações a multas que totalizam US\$2 bilhões, tendo sido a maior delas imposta a F. Hoffman-La Roche, integrante do cartel das vitaminas, que alcançou US\$500 milhões, em 1999. Além das multas, as ações criminais propostas pelo órgão resultaram também em condenações a penas de prisão, as quais tem sido em média superiores a 18 meses. No período de 1998 a 2002, mais de 75 anos de prisão foram aplicados a infratores da ordem econômica, sendo quase um terço destes infratores, executivos estrangeiros. A maior pena obtida até então foi de 3 anos de detenção, imposta a Elmore Roy Anderson, por fraude em propostas para licitação visando a realização de obras no Egito, em 2002.

²³ As informações colacionadas estão disponíveis no website: www.usdoj.gov/atr/public/criminal.htm;

A Divisão também funciona como *amicus curiae* em ações cíveis entre particulares versando direito da concorrência, desempenhando função que se assemelha ao parecerismo do Ministério Público brasileiro. O *amicus curiae* não tem interesse no julgamento favorável a qualquer das partes mas, em razão de sua capacidade técnica, colabora para a decisão apresentando um parecer sobre a questão²⁴. Segundo observa a doutrina, tal atuação é criticada por não ser reconhecida como parte de sua atribuição de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica²⁵.

Sua atividade mais intensa, contudo, é a de investigação, iniciada a partir de provocação de consumidores ou empresas concorrentes, a qual pode resultar no ajuizamento de ações cíveis e criminais. Há uma fase inicial, chamada *preliminary inquiry*, que se baseia em dados públicos disponíveis e nas informações prestadas pelo próprio reclamante. A seguir, havendo indícios de conduta punível, a Divisão passa a exercer amplos poderes investigatórios, inclusive de expedir intimações e colher depoimentos de testemunhas, além de requisitar documentos.

O procedimento administrativo se encerra com o arquivamento, na ausência de provas suficientes para a ação judicial, ou com a propositura da ação cível ou criminal, ou até mesmo de ambas, podendo ainda terminar com uma espécie de compromisso de ajustamento, pelo qual a empresa se compromete a adotar determinadas medidas. Esses compromissos (*consent decrees*) são acordos extrajudiciais, os quais dependem contudo de ratificação pela Corte. Tais acordos apresentam vantagens para o investigado, pois afastam uma presunção que se forma contra a em-

²⁴ No Black's Law Dictionary, *amicus curiae* está definido como: "A person with strong interest in or in views on the subject matter of an action, but not a party to the action, may petition the court for permission to file a brief, ostensibly on behalf of a party but actually to suggest a rationale consistent with its own views. Such *amicus curiae* briefs are commonly filed in appeals concerning matters of a broad public interest, e.g., civil rights cases. Such may be filed by private persons or the government..." (Black's Law Dictionary. 6.ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, p.82). Para uma relação de pareceres apresentados pela FTC como *amicus curiae*, consulte em: www.ftc.gov/ogc/briefs.htm; enquanto os dos Attorney General estão em: www.abanet.org/antitrust/committees/state-antitrust/amici.htm;

²⁵ Segundo Hovenkamp: "The division also participates as *amicus curiae* in private antitrust actions, often in behalf of defendants. This practice has been criticized as falling outside the Division's jurisdictional authority to 'prevent and restrain' antitrust violations" (*Federal...* p. 534). Os órgãos estaduais de defesa da concorrência rejeitam tal posição, afirmando ser mais comum o parecer favorável aos autores, manifestado sempre no sentido da preservação do melhor interesse dos consumidores, bem como de sua autoridade para ajuizar suas próprias ações contra uma das partes por infrações à concorrência, se for o caso.

presa que tenha sido anteriormente condenada por infração à ordem econômica, mesmo que se trate de ação proposta por outro particular e não pelo Estado. São títulos executivos, podendo a Divisão levá-los a juízo, caso descumprido o compromisso, porém não servem como prova em demanda ajuizada por outra empresa, sob alegação de prejuízos à concorrência. Os compromissos podem ser revistos pelo próprio órgão, caso haja, por exemplo, modificação na situação de fato existente à época do acordo, não persistindo as razões que o justifiquem.

Merece destaque também o programa de leniência, que constitui um importante instrumento de investigação, largamente utilizado pelo Departamento de Justiça. As normas que regulamentam o programa foram revisadas em 1993 para tornar ainda mais atraente o acordo, passando a prever: anistia automática para o investigado que não possui antecedentes, a possibilidade de concessão mesmo depois de iniciado o procedimento administrativo e a extensão de seus efeitos a todos os diretores e empregados que cooperarem com as autoridades da concorrência, eximindo a empresa do pagamento das multas e os indivíduos, das penas de prisão.²⁶

As linhas de atuação das duas agências são bem definidas e freqüentemente são publicadas sob a forma de *guidelines*, as quais tornam conhecida sua posição em relação a diversas matérias. A mais famosa e largamente implementada²⁷ é a 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, editada em conjunto pelos dois órgãos, a qual estabelece critérios para fusões, incorporações e outras formas de associação empresarial, com vistas a preservação da concorrência.

A *Federal Trade Commission*, como visto, foi criada em 1914 como agência regulatória da concorrência e do consumidor. A Comissão é composta por cinco comissários, nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, para um mandato de 7 anos. Na prática, possui legitimidade para todo tipo de demanda por infração à ordem econômica, exceto as de natureza criminal.

O procedimento instaurado perante a *FTC*, se comprovada a infração, pode resultar numa ordem de *cease and desist*, podendo a Comissão inclusive

²⁶ “[The Division]... have advised a number of foreign governments in drafting and implementing effective leniency programs in their jurisdiction. As a result, countries such as Canada, Brazil, United Kingdom, Germany, France, Ireland, The Czech Republic, The Netherlands and Korea have announced new or revised leniency programs.” (www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/12576.htm)

²⁷ Há várias outras, tais como: *Antitrust enforcement guidelines for international operations* (1995), *Antitrust guidelines for collaborations among competitors* (2000), *Statements on healthcare antitrust enforcement* (1996), *Antitrust guidelines for the licencing of intellectual property* (1995). Vale conferir a íntegra dessas diretrizes em www.usdoj.gov/atr/public/guidelines ou www.ftc.gov/bc/guidelin.htm

impor toda sorte de sanções civis, sempre que já tiver sido determinada anteriormente aquela ordem, ou quando se tratar de violação direta às suas normas e práticas. Embora receba inúmeras reclamações de empresas e consumidores, o procedimento é instaurado de ofício, sendo regulado pela Seção 5 do *FTC Act* e também pelo *Federal Administrative Procedure Act*²⁸.

A Comissão atua em conjunto com o Departamento de Justiça nos casos de análise de atos de concentração, instaurando um procedimento de notificação (*premerger notification*) às empresas que estejam em processo de aquisição. Esse procedimento é regulado pelo *Hard-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, de 1976²⁹. Segundo a norma, a compulsoriedade da notificação depende do tamanho das empresas e do valor da operação. Deve ser comunicada a uma das agências toda aquisição em que uma das partes possua faturamento ou ativo igual ou superior a US\$ 100 milhões e a outra empresa, de pelo menos de US\$ 10 milhões. Além disto, o valor transferido deve ser igual ou superior a US\$ 50 milhões. Quando o valor transacionado for superior a US\$ 200 milhões, a operação deve ser comunicada em qualquer hipótese, independentemente do tamanho das empresas envolvidas. Durante o período em que a operação estiver sob análise, o processo de aquisição ficará suspenso, geralmente por 30 dias, tempo suficiente para a colheita de informações, podendo tal prazo ser prorrogado. As multas por desobediência a essas regras chegam a US\$ 10 mil por dia. Finda a instrução, se a Comissão estiver convencida dos efeitos lesivos da aquisição para a concorrência, ingressará em juízo pleiteando a proibição do ato³⁰.

Em atuação concomitante com a atividade das agências, os Ministérios Públicos dos estados também podem propor ações fundadas nas leis federais de defesa da concorrência, além da implementação das normas estaduais, que lhes compete ordinariamente³¹. São comuns as iniciativas envolvendo uma par-

²⁸ 5 USCA par. 554

²⁹ 15 USC par. 18a

³⁰ Para uma descrição completa das normas que regem a notificação, consulte o website: www.ftc.gov/bc/hsr/introguides.guide1.pdf;

³¹ Herbert Hovenkamp relata uma curiosidade a respeito dessa atuação dos procuradores estaduais: “*The states are considered private persons when they seek enforcement of the federal antitrust laws. As a result, they act in a dual role. Insofar as the relationship between the state attorneys general and the federal law is concerned, the states are simply a special case of the private plaintiff, and most of the restrictions on private enforcement apply to them. But the states attorneys general are also public agencies insofar as their responsibility to their own political constituencies is concerned.*” (*Federal...* p. 539)

ceria entre órgãos estaduais e federais, possuindo estas representações regionais para tal fim. Como no sistema brasileiro das ações coletivas, os *Attorneys General* podem postular indenizações coletivas, em benefício dos consumidores residentes na área de sua competência, não podendo no entanto representar interesses das empresas concorrentes.

Em 1983, foi criada a *Multistate Antitrust Task Force*³² no âmbito da Associação Nacional do Ministério Público (*National Association of Attorneys General- NAAG*), destinada a coordenar ações simultâneas em vários estados, de forma a tornar mais eficiente e constante a atuação dos órgãos estaduais. A criação dessa força-tarefa está relacionada à política adotada pela Administração Reagan (1981/1989), quando a atividade do DOJ e da FTC foi bastante reduzida, tendo sido tomada a iniciativa pelos Procuradores estaduais a fim de suprir omissões das autoridades federais da concorrência. Exemplo eloqüente do sucesso desta atuação coordenada encontra-se no caso Microsoft, iniciado em 1998 quando, após intensa investigação, foi ajuizada ação civil por representantes de 20 estados e do Distrito de Columbia contra a empresa, em razão de conduta anticoncorrencial. A associação publica também suas *guidelines*, as quais, no tocante à definição dos atos de concentração, são bem mais rígidas do que aquelas dos órgãos federais.

A eficiência da atuação das agências oficiais, sua capacidade para determinar o que deva ser objeto de intervenção, para definir o que constitui “interesse público”, tem sido questionada pela doutrina. Elaborou-se então a chamada *public choice theory*, a qual substitui e se opõe à *public interest theory*, para sustentar que os agentes públicos, assim como os agentes econômicos, são movidos por seus próprios interesses e não por uma idéia – vaga e imprecisa – de interesse público. Em linhas gerais, a teoria pode ser assim compreendida:

The model of public choice insists that the same rational, self interesting seeking motives, that animate human action in ordinary markets be applied to decision making in the public sector as well. The assumption that all individuals, in or out of the government, pursue their own self interests is the fundamental tenet to public choice. Just as consumers want to maximize their utility and firms want to maximize their profits, public policy makers

³² As linhas gerais desse projeto, assim como suas realizações estão disponíveis em: www.naag.org/issues/issues-antitrust-mult.php;

*want to maximize their own welfare. (...) In short, homo politicus and homo economicus are the same*³³.

Segundo essa teoria, no tocante à proteção da concorrência, as autoridades dariam prioridade às questões envolvendo grandes empresas, as quais tem espaço garantido na mídia e lhes garantem maiores chances de ascensão profissional, deixando de se ocupar com outros assuntos, de maior relevância para a sociedade³⁴. O caso Microsoft é apontado como exemplo dessa atitude.

A posição declarada das agências, contudo, põe em relevo a proteção dos interesses dos consumidores como objetivo primordial de sua atuação, resolvendo, pelo menos como proposta, a questão básica da escolha entre os consumidores e as pequenas empresas como objeto da tutela da concorrência. A FTC naturalmente deve se inclinar pelos primeiros, haja vista a outra vertente da sua atuação, inteiramente voltado para os direitos do consumidor.

A questão suscita acesa controvérsia sobretudo em doutrina e o debate vem se travando há décadas entre os adeptos da Escola de Chicago e seus opositores, sendo oportuno sintetizar as principais idéias dessa corrente, integrada ao pensamento de *Law and economics*, o qual influenciou gerações de estudiosos nos Estados Unidos, com expressivo reflexos na jurisprudência de suas Cortes.

4. A Escola de Chicago: análise econômica do direito da concorrência. Princípios, seus seguidores e críticos

A principal corrente doutrinária em tema de direito antitruste norte-americano atualmente é a chamada “Escola de Chicago”, a qual se encontra inserida no movimento que alcança todas as áreas do Direito e propõe a análise das questões jurídicas sob uma perspectiva econômica – *law and economics*. Sua importância para o estudo do direito da concorrência é reconhecida até mesmo por seus críticos mais veementes³⁵. A partir da premissa de que todo indivíduo, assim como

³³ William F. Shughart II. Public choice theory and antitrust policy. In *The causes and consequences of antitrust. The public-choice perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995, p.9.

³⁴ O mesmo autor afirma que “...*antitrust enforcement is shaped largely by private interests and not by the public interest.*” (*idem*, p. X)

³⁵ “*The Chicago School has done more for antitrust policy than any coherent economic theory since the New Deal. No one, including myself, can escape its influence on antitrust analysis.*” (Herbert Hovenkamp. *Chicago and its alternatives*. Duke Law Journal. December, 1986, p. 1018)

todo e qualquer agente econômico, procura maximizar seus lucros, os conflitos surgidos na sociedade – os quais o Direito se propõe a resolver – devem ser compreendidos dentro da lógica do mercado, como resultantes de barganhas e trocas ocorridas entre as partes da relação litigiosa³⁶. Essa racionalidade se aplica tanto à teoria contratual, como ao direito penal, responsabilidade civil, relações de família, direito de propriedade, e outros ramos³⁷, exigindo do jurista um bom conhecimento da economia, cujos modelos vão se aplicar às relações jurídicas.

No anos 50, apareceram as primeiras obras doutrinárias propondo a análise do direito antitruste segundo tais princípios. Dentre seus cultores, verdadeiros fundadores da Escola de Chicago, destaca-se a obra de Aaron Director, que introduziu os conceitos-chave, que viriam a ser posteriormente desenvolvidos por seus alunos e colegas: Bowman (1957), McGee (1958), and Telser (1960). Dentre os mais ortodoxos, destaca-se o trabalho de Easterbrook (1948), Stigler (1968), Bork (1978) e de Richard Posner (1973), seu mais eloqüente e famoso porta-voz³⁸.

A Escola de Chicago, na verdade, se apresenta como mais uma linha doutrinária, sucessora de outras que influenciaram a política antitruste americana ao longo dos anos³⁹, algumas mais liberais que outras, nenhuma delas porém

³⁶ Como define Hovenkamp, “*law & economics extends the domain of the market by bringing into it transactions that were not part of the market as classically defined*” (*Rationality in law and economics*. George Washington Law Review. v.60, 1992, p.293)

³⁷ Para um panorama do campo de aplicação dessa teoria, confira-se, por todos, Richard Posner. *Economic analysis of law*. 4.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1992. Seu alcance – e as dificuldades que enseja – foram anotadas por A. Mitchell Polinsky: “*In the last decade over two hundred professional articles have appeared which apply economic analysis to topics such as property rights, liability rules, defective products, automobile accidents, crime control, jury conscription, breach of contract, the court system, contingent fees, and class action suits. Much of this literature is inaccessible to the average lawyer because it is technically sophisticated, interdisciplinary, or oriented towards doctrinal controversies.*” (*Economic analysis as a potentially defective product: a buyer’s guide to Posner’s economic analysis of law*. Harvard Law Review, v.87, June, 1974, p. 1655)

³⁸ Para uma repertório das primeiras obras da Escola de Chicago, confira-se em Yale Brozen (org.) *The competitive economy: selected readings*. Morristown, NJ: General Learning Press, 1975.

³⁹ “*If one hundred years of federal antitrust policy have taught us anything, it is that antitrust is both political and cyclical. Almost every political generation has abandoned the policy of its predecessors in favor of something new. Antitrust policymakers have created the common law school, the rule of reason school, the monopolistic competition (New Deal) school, the workable competition school, the liberal school, and the law and economics, or Chicago, school.*” (Herbert Hovenkamp. *Antitrust policy after*

isenta de um enfoque econômico da questão da concorrência. Este “*economic approach*” que a Escola propõe não surgiu, como seus adeptos afirmam, nos anos 70 ou 80, o que ocorreu foi simplesmente a substituição do modelo econômico para analisar o fenômeno da concorrência. A proteção da concorrência, em todos os tempos, esteve associada à análise econômica, em maior ou menor escala. Na época da aprovação do *Sherman Act*, por exemplo, os debates foram marcados pela participação ativa de economistas, a maioria dos quais desenvolveu teorias se opondo à política de intervenção, procurando identificar benefícios para os consumidores num mercado concentrado. Desde então, a análise das questões da concorrência jamais se afastou de um conteúdo econômico.

A data escolhida para marcar a mudança de paradigma é arbitrária e controversa, alguns sustentam que teria ocorrido em 1977, quando a Suprema Corte decidiu o caso *Continental T.V. v. GTE Sylvania* (433 U.S. 36), adotando o critério de julgamento da razoabilidade, enquanto outros apontam o ano de 1981, no início do Governo Reagan, quando foi nomeado William F. Baxter para chefiar a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. A partir daí a Escola de Chicago passou a exercer marcante influência na política antitruste, impondo novos objetivos e uma nova maneira de analisar tais questões.

O modelo proposto pela Escola de Chicago se contrapõe às idéias dos organizacionistas, os quais sustentam a prevalência de um modelo baseado na organização industrial. Estes seriam representados pela chamada Escola de Harvard, assim reconhecida pelos próprios *chicagoans*, a qual, no entanto, não se apresenta articulada como aquela. Ao contrário, seus mais proeminentes defensores não se vinculam à Harvard, pertencendo a diferentes instituições de ensino por todo o país, estando, talvez por isto mesmo, menos organizados como “escola”⁴⁰.

A principal característica da Escola é a defesa da eficiência econômica como o único objetivo do direito da concorrência, além da aplicação da teoria de preços neoclássica como a ferramenta necessária para maximizar esta eficiência⁴¹. Mas, afinal, o que é eficiência?

Chicago. Michigan Law Review, v.84, November, 1985, p. 213) Este famoso artigo do Prof. Hovenkamp foi replicado por Frank Easterbrook: *The workable antitrust*. Michigan Law Review. v. 84, 1986, p. 1696

⁴⁰ Assim Herbert Hovenkamp (University of Iowa), Eleanor Fox (New York University), Sullivan (University of Arizona), Robin Malloy (Syracuse University, NY), entre muitos outros, exceção feita a Areeda e Turner, ambos provenientes da Harvard Law School.

⁴¹ Assim refere Posner: “*The Chicago school has largely prevailed with respect to its basic point: that the proper lens for viewing antitrust problems is price theory.*” (*The Chicago school of antitrust analysis*. University of Pennsylvania Law Review. v. 127, 1979, p. 930)

Os economistas apresentam muitas definições para o conceito, a primeira delas é de eficiência produtiva, que se exprime numa relação entre custo e preço (*inputs/outputs*). Assim, uma empresa que consegue colocar no mercado um produto ao preço de R\$ 100,00, cujo custo é de R\$ 90,00, é mais eficiente do que aquela que produz o mesmo produto a R\$ 99,00. Segundo Chicago, é o mercado – e não as leis antitruste – quem pune a ineficiência, com redução de lucros, perda de parcela de mercado e, em casos extremos, com a saída da empresa de determinado mercado. Assim, a eficiência produtiva não deve ser uma preocupação do agente da concorrência, a não ser num sentido negativo, para legitimar condutas que impliquem em aumento da eficiência, sem aumento de poder de mercado, e também para recusar a condenação práticas que impliquem apenas em aumento dessa eficiência, somente por esta razão.

Mais complexo é o conceito de eficiência alocativa, que se refere ao bem-estar da sociedade como um todo e cuja mensuração, naturalmente, apresenta maiores dificuldades. Em linhas gerais, seria mais eficiente a situação A se o grupo por ela afetado estiver melhor do que na situação B. Dados os interesses conflitantes na maioria dos casos relativos à concorrência, é bastante difícil sua ponderação sem um modelo ou paradigma a seguir.

O modelo econômico mais utilizado para determinar a eficiência alocativa foi desenvolvido no início do século XX por Vilfredo Pareto. Segundo sua definição, determinada situação (A) será mais eficiente (*Pareto optimal*) se a mudança de A para B implicar em adicionar benefício a pelo menos uma pessoa, sem impor qualquer prejuízo a outra pessoa. Diz-se então que a situação A é “*Pareto superior*”. É evidente que o modelo apresenta restrições insuperáveis e, se aplicado na sua literalidade, praticamente todas as políticas públicas fracassarão no teste da eficiência alocativa. Assim, passou-se a aplicar um subproduto deste modelo, o “*potential Pareto efficiency*”, menos ortodoxo, e que permite considerar eficiente uma mudança em que os ganhos experimentados pelo grupo que efetivamente ganha com ela forem maiores do que as perdas impostas ao grupo que perde com a nova política introduzida. De qualquer forma, o aplicador deste modelo deverá ser capaz de quantificar esses ganhos e perdas a fim de confrontá-los, o que nem sempre envolve dados objetivos e da mesma espécie. Haverá uma “zona cinzenta” significativa, tornando difícil essa valoração⁴².

⁴² Analisando esse aspecto controvertido do modelo de Pareto e sua complexidade para medir a eficiência alocativa no “mundo real”, Hovenkamp observa: “*The market efficiency model provides considerable conceptual guidance in identifying efficient rule changes, provided that one accepts the limitations imposed by the model itself. For example, it can*

Nesta perspectiva, a Escola de Chicago conclui que o problema se resolve assumindo que “um dólar possui o mesmo valor para todos”, ou seja, que a moeda é o denominador comum que permite efetivar essas comparações e assim decidir o que é eficiente ou não. Todas essas premissas, como é óbvio, são controvertidas e largamente combatidas, vez que ensejam uma série de problemas e perplexidades. Na verdade, ao considerar que todo interesse tem uma expressão econômica, ou seja, que é mensurável economicamente, esses teóricos estão na verdade desconsiderando outros valores que possivelmente estarão envolvidos e que se referem a um outro conceito, de utilidade.

As comparações de utilidade serão possíveis se esta puder ser medida objetivamente, considerando o indivíduo “médio” ou “típico”, como também em termos de transferência de riqueza, ocorrida em razão de determinada mudança. Tais comparações, contudo, deixam de ser possíveis quando se pretende mensurar subjetivamente, segundo o que o indivíduo ou grupo de pessoas envolvido realmente deseja, ou segundo outros valores implicados no tema. Vale citar o exemplo dado por Posner, pretendendo esclarecer os conceitos de valor, utilidade e eficiência, e ao mesmo tempo revelando a lógica que preside o debate:

“Suppose that pituitary extract is in very scarce supply relative to the demand and is therefore very expensive. A poor family has a child who will be a dwarf if he does not get some of the extract, but the family cannot afford the price and could not even if they could borrow against the child’s future earnings as a person of normal height; for the present value of those earnings net of consumption is less than the price of the extract. A rich family has a child who will grow to normal height, but the extract will add a few inches more, and his parents decide to buy it for him. In the sense of value used in this book, the pituitary extract is more valuable to the rich than to the poor family, because value is measured by willingness to pay, but the

easily be shown that the move from competition to monopoly in a particular market is inefficient by the potential Pareto criterion. [...] However, the ease with which allocative efficiency can be quantified within the confines of the market efficiency model belies the many complexities of measurement in the real world. For one thing, in a market economy every change imposed on one market affects dozens of other markets as well. Furthermore, the allocative effects of monopoly in multiple markets may tend to cancel each other out. In that case it is not at all clear that the elimination of monopoly in a single market will be Pareto efficient. Although the existence of such problems of ‘second-best’ is widely accepted, the degree to which the problem frustrates the pursuit of allocative efficiency in the real world is quite controversial.” (Antitrust policy..., p. 227/228)

*extract would confer great happiness in the hands of the poor family than in the hands of the rich one.*⁴³

Os objetivos não-econômicos, de que seria exemplo a preservação da pequena empresa ou a confiabilidade do mercado, são desconsiderados precisamente porque não podem ser mensurados, não “cabem” dentro do modelo proposto. A conclusão se encontra em harmonia com a teoria econômica neoclássica, a qual, como visto, instrumentaliza o enfoque dado pela Escola de Chicago ao direito da concorrência. Tal teoria, que reedita o modelo clássico, simplesmente não cogita de valores sociais ou propósitos distributivos⁴⁴.

A primeira crítica que se faz então pode ser resumida na seguinte indagação: será que a eficiência é realmente o que importa, quando procuramos identificar os objetivos da proteção da concorrência?

A posição da Escola de Chicago, em relação às políticas da concorrência, se baseia em quatro premissas⁴⁵: (1) a sociedade na qual a eficiência alocativa ou bem-estar é maximizada é melhor do que uma outra que não seja, em qualquer hipótese, mais bem-estar é melhor do que menos; (2) as políticas de maximização do bem-estar social não devem se preocupar em como se distribui a riqueza; (3) a preocupação com a distribuição de riqueza reflete conflitos políticos entre grupos de interesse e não pode ser justificado cientificamente; (4) os efeitos da eficiência e da distribuição de riqueza podem ser analisados separadamente, não são interdependentes.

⁴³ *Economic analysis of law*. 4.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1992, p. 13. Sobre tal afirmação, vale conferir a crítica de Ronald Dworkin: “*He [Posner] says that the value of some scarce resource to a particular individual is measured by the amount of money he is willing to pay for it, so that community welfare is maximized when each resource is in hands of someone who would pay more than anyone else to have it. But that is hardly a self-evident or neutral conception of value. It is congenial to a political theory that celebrates competition, but far less congenial to a more egalitarian theory, because it demotes the claims of the poor who are willing to spend less because they have less to spend.*” (*Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979, p.97)

⁴⁴ As referências históricas foram oportunamente referidas por Hovenkamp: “*The classical model originated before the rise of Big Government during the New Deal, and therefore before the State had become explicitly involved in the redistribution of social wealth. In the eighteenth century the redistribution of wealth was not perceived to be an important state function. Within the market efficiency model, wealth distribution is not an ‘economic’ concern at all.*” (*Antitrust policy*...p. 221)

⁴⁵ Hovenkamp, *op.cit.* p.230.

Acreditam esses doutrinadores que a maioria dos mercados é competitiva, ainda que haja um pequeno número de empresas, logo, a concentração, *a priori*, não constitui um problema anticoncorrencial. Em apoio a essa conclusão, afirmam que um grande número de indústrias somente alcança economias de escala quando fortemente concentradas. Altos níveis de concentração, portanto, não devem ser uma preocupação no momento de elaborar políticas, mesmo porque o monopólio, quando existe, tende a se auto-corriger, pois o preço praticado pelo monopolista atrairá necessariamente novos concorrentes ao mercado, reequilibrando-o. Tal conclusão, por seu turno, depende da inexistência de barreiras de entrada⁴⁶, negadas por Chicago. As únicas barreiras existentes seriam aquelas criadas pela própria política antitruste.

Toda essa formulação faz sentido a partir da crença de que as empresas são maximizadores de lucros e vão agir sempre segundo essa lógica. Em suma, os *chicagoans* defendem a aplicação das leis antitruste somente no sentido de punir as empresas ineficientes e estimular as eficientes. Curiosamente, afirmam que a decisão sobre a aplicação deste modelo não é política⁴⁷, afastando-a assim do processo democrático, bem como de qualquer consideração que contemple valores não econômicos. A afirmação do caráter apolítico dessas idéias demonstra sem sombra de dúvida a faceta mais conservadora da Escola de Chicago. Com efeito, ao rejeitar claramente uma maior intervenção no domínio econômico, propõe a volta do Estado liberal, neutro e indiferente às demandas sociais. Os beneficiários dessa política são facilmente identificáveis: as grandes empresas e as empresas verticalmente integradas. Dentre os perdedores, as pequenas empresas e os consumidores.

Embora apregoe a convergência entre as duas escolas, Posner reconhece a persistência de significativas diferenças entre os dois modelos, segundo

⁴⁶ A própria definição do que são barreiras de entrada é controvertida no direito norte-americano. Vale citar as mais representativas das duas escolas: "... *the extent to which, in the long run, established firms can elevate their selling prices above the minimal average costs of production and distribution without inducing potential entrants to enter the industry.*" (Joe Bain, *Barriers to new competition*. New York: Wiley, 1966). "... *entry barriers are costs that a prospective entrant must incur at or after entry, that those in the market did not have to incur when they entered.*" (George Stigler. *The organization of industry* Buffalo, NY: W. S. Hein, 1983). Segundo a definição de Bain, economias de escala são consideradas barreiras, enquanto para Stigler, não. A primeira concepção é a adotada pela FTC.

⁴⁷ Confirma-se em Richard Posner. *The economics of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981. E para uma crítica a essa posição: Robert Pitofsky. *The political content of antitrust*. University of Pennsylvania Law Review. v. 127, April 1979, p. 1051.

ele, no tocante ao significado da concentração empresarial⁴⁸ e quanto aos objetivos de uma política de desconcentração.

O dogma contido na afirmação “antitrust protects competition not competitors”, o qual anima a Escola de Chicago, há que ser compreendido com reservas. Entre ganhadores e perdedores, a escolha dos objetivos da proteção da concorrência deve se pautar pela supremacia dos valores eleitos como prevalentes em determinada sociedade, num determinado momento histórico.

5. Jurisprudência: *leading cases*

O Direito americano, como é sabido, tem como principal fonte a jurisprudência – *case law* – além de um sistema de precedentes que torna indispensável o estudo das decisões judiciais para compreensão do desenvolvimento de determinado ramo da ciência jurídica. No tocante ao direito da concorrência, em especial, observa-se uma evolução no sentido do crescimento do *rule of reason* como critério de julgamento. Cada vez mais, a Suprema Corte invoca o juízo de razoabilidade para determinar o caráter anticompetitivo de determinada conduta trazida à sua apreciação. Assim, o estatuto – *Sherman Act* – foi sendo paulatinamente lapidado, acrescidas às suas palavras outros conceitos, cuja definição a Corte vem delineando ao longo dos anos, ao sabor das mudanças políticas e econômicas ocorridas desde então. Vale lembrar a afirmada ambivalência do direito da concorrência norte-americano, a um só tempo *statutory law* e *common law*.

O breve histórico e comentário sobre alguns *leading cases* portanto se impõe, tendo sido selecionados os mais representativos da referida evolução.

Standard Oil Company of New Jersey v. United States

O primeiro caso⁴⁹ do direito antitruste a ganhar notoriedade foi o do

⁴⁸ Partindo da premissa de que a concentração não constitui um problema em si, *chicagoans* se referem à hipótese – extraordinária – de persistir o fenômeno, explicando-o da seguinte maneira: “*Persistent concentration implies either that the market in question simply does not have room for many firms (economies of scale) or that some firms are able persistently to obtain abnormal profits by cost reductions or product improvements that competitors and new entrants are unable to duplicate. Neither case is an attractive one for public intervention designed to change the market structure. The Harvard reply is that there is an alternative explanation for persistent concentration in particular industries: barriers to entry.*” (*The Chicago school...* p. 931-938)

⁴⁹ 221 US 1, 31 S Ct. 502

gigante do petróleo capitaneado por John Rockefeller, no início do século XX. A história desse grupo de empresas – o *octopus* – confunde-se com a própria história da indústria do petróleo nos Estados Unidos e com o desenvolvimento do Texas, onde se localizavam as mais ricas jazidas do produto. Os efeitos do julgamento e as circunstâncias que envolveram o caso serão examinadas em detalhe no item 6, cabendo aqui apenas fazer alguns comentários sobre a decisão. Pela primeira vez, a defesa da concorrência como regulação “mostrou seus dentes”, ou seja, evidenciou sua força e importância.

O caso data de 1911, tendo a Suprema Corte apreciado e confirmado quase integralmente em grau de apelação o julgamento do *Circuit Court for the Eastern District of Missouri*. A ação foi apresentada pelo *Attorney General*, com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, alegando a existência de acordo entre várias pessoas e empresas, relativo à compra, transporte, refino e venda de petróleo e seus subprodutos, com o propósito de fixar preços, limitar a produção, controlar a distribuição, constituindo portanto restrição ao comércio entre vários estados e monopolização. O relato dos fatos alude, num primeiro período (1870-1882), à obtenção pelo *trust* de tarifas privilegiadas para o transporte ferroviário dos produtos, controle dos oleodutos então disponíveis e o controle de 90% dos negócios envolvendo petróleo em todo o país. Num segundo momento (1882-1899), o grupo organizou-se, passando a ser gerenciado em seus negócios, empresas e sociedades por nove *trustees*, o que também denotaria restrição ao comércio e violação à lei. Segundo tal acordo, o *trust* deveria existir “(...) *during the lives of the survivors and survivor of the trustees named in the agreement and for twenty-one years thereafter*”, dispondo detalhadamente sobre os métodos de controle e gerenciamento do patrimônio, bem como sobre sua expansão por vários estados. O terceiro período analisado, que vai da celebração do acordo até o ajuizamento da ação, o *trust* passa a operar através da *holding*, que possui a maior parte das ações de todas as empresas do grupo (39). O capital social da companhia cresceu, em pouco mais de dez anos (1892-1910), de 10 para 110 milhões de dólares.

A defesa demonstrou que tanto a origem como o desenvolvimento de tamanho grupo empresarial deu-se legalmente, fruto da coragem e capacidade de seus administradores, inexistindo a alegada violação à lei antitruste. A Suprema Corte, apreciando tais argumentos, passa a analisar o significado da proibição contida no estatuto, à luz da *common law*, buscando no direito inglês as origens do termo “restrição ao comércio” (*restraint of trade*), referindo também às circunstâncias que ensejaram a aprovação do *Sherman Act*⁵⁰.

⁵⁰ (...) *the vast accumulation of wealth in the hands of corporations and individuals,*

A repulsa ao monopólio se justifica em razão de três efeitos: o poder de fixar preços, de limitar a produção e o perigo de diminuir a qualidade de produtos e serviços. Segundo a *common law*, os monopólios seriam ilegais por importar em restrição à liberdade contratual⁵¹. A liberdade individual deveria ser limitada quando, pela natureza e circunstâncias do negócio se estabelecesse a presunção de que tal prerrogativa se destina a provocar um aumento indevido nos preços. Nesse ponto, se introduz a idéia de razoabilidade, juízo segundo o qual será avaliada a conduta da empresa. Os limites dessa atuação serão determinados “*by the light of reason*”. A Corte então conclui pela existência de monopólio e pela prática de restrições ao comércio, destacando que a dominação sobre a indústria do petróleo não resultou de “*normal methods*”, visando sobretudo excluir outros concorrentes do mercado.

A condenação proibiu a empresa de New Jersey de exercitar seus poderes de proprietária sobre as ações das companhias subsidiárias, ao mesmo tempo proibindo estas de pagar-lhe qualquer valor a título de dividendos. O decreto determinou portanto a dissolução do grupo, sem privar os acionistas dos poderes de celebrar contratos e acordos, desde que não tivessem por fim restaurar a estrutura do *trust*. O período de 30 dias concedido pelo órgão *a quo* para cumprimento da decisão foi estendido para 6 meses, tudo de forma a não causar prejuízo aos acionistas, destacando ainda que um dos objetivos fundamentais do estatuto é proteger, e não destruir, direitos de propriedade.

A decisão teve um voto vencido – Justice Harlan – insurgindo-se contra a interpretação dada ao *Sherman Act* pela Corte, que teria exercido “*judicial legislation*” indevidamente, ao acrescentar à lei palavra que ela não contém, qual seja, “*unreasonable*”.

the enormous development of corporate organization, the facility for combination which such organizations afforded, the fact that the facility was been used, and that combinations known as trusts were being multiplied and the widespread impression that their power had been and would be exerted to oppress individuals and injure the public generally.” O voto vencido, do Justice Harlan, refere às mesmas circunstâncias: “*The nation had been rid of slavery, but the conviction was universal that the country was in real danger from another kind of slavery sought to be fastened on the American people; namely, the slavery that would result from aggregations of capital in the hands of a few individuals and corporations controlling, for their own profit and advantage exclusively, the entire business of the country, including the production and sale of necessities of life.*”

⁵¹ “*...the freedom of the individual right to contract, when not unduly or improperly exercised, was the most efficient means for the prevention of monopoly.*”

Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States

Sete anos depois da dissolução da Standard Oil, em 1918, a Suprema Corte apreciou outro caso⁵² que muito contribuiu para o desenvolvimento do direito da concorrência. Chicago era então líder mundial no mercado de grãos e seu *board of trade* constituía um centro de comércio, o qual concentrava praticamente todos os negócios envolvendo esses produtos. Seus 1600 membros incluíam corretores, vendedores comissionados, proprietários de moinhos e elevadores, e os produtos ali negociados recebiam uma classificação, segundo as normas do *Board*, atestando peso e qualidade dos grãos. Nas sessões ordinárias, que se realizavam diariamente de 9:30 às 1:15 eram negociadas vendas à vista, referentes a mercadorias já localizadas em Chicago, e vendas futuras, para entrega posterior. Sessões especiais, denominadas *the call*, eram realizadas após o fechamento, somente para negócios “*to arrive*”, referente a mercadorias em trânsito para Chicago. Segundo as regras do *Board*, nessas sessões somente os membros podiam participar, embora pudessem ser feitas transações para eles próprios ou para terceiros. Ficava assegurada a liberdade de qualquer membro para negociar com outro membro a qualquer hora, mesmo após o encerramento do *call*, e também com terceiros, desde que fora do *Board*. Em 1906 foi introduzida a “*call rule*”, segundo a qual todos os membros ficavam proibidos de comprar ou oferecer para compra qualquer grão “*to arrive*”, durante o período entre o fechamento do *call* e a abertura da sessão ordinária do dia seguinte, por preço diverso daquele praticado no fechamento.

Em 1913 foi então ajuizada ação pública, sob alegação de que a *call rule* constituía restrição à concorrência. Os réus admitiram a existência e aplicação da regra, rejeitando contudo seu caráter anticompetitivo. Ao contrário de provocar restrição ou controle de preços, alegaram ter sido a regra implantada para quebrar o monopólio exercido por alguns atacadistas de Chicago.

A Corte afirma então que qualquer acordo referente ao comércio implica em alguma forma de restrição, devendo ser feito um “teste de legalidade”, analisando amplamente as circunstâncias do negócio⁵³, tais como a natureza, o fim e os efeitos da prática questionada. Concluiu afinal que a *call rule*, embora aparentemente restritiva, é comum em organizações dessa natureza e não produziu efeitos sobre os preços praticados mas, ao contrário, melhorou as condições do mercado, ficando desta forma afastada sua ilegalidade.

⁵² 246 US 231, 38 S. Ct. 242

⁵³ V. nota 16.

United States v. Trenton Potteries Company et al.

Em 1927, a Suprema Corte apreciou o recurso⁵⁴ do *Attorney General* em ação proposta contra 20 indivíduos e 23 empresas, acusadas de atos anticoncorrenciais, com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, consistentes em acordo para a fixação de preços e concessão de exclusividade a um grupo determinado – *legitimate jobbers* - para venda de louças sanitárias. Os réus são fabricantes e distribuidores desses produtos, detentores 82% do mercado nacional, e nessa qualidade constituíram uma associação denominada *Sanitary Potters' Association*.

A defesa se concentrou na alegação da inexistência de prejuízo aos consumidores, tendo em vista que os preços fixados seriam razoáveis. Tal argumentação foi rechaçada, ficando consagrado o entendimento, já esposado em precedentes da Corte, de que a manutenção da competição, em qualquer hipótese, é o propósito do estatuto e não pode ser afastada⁵⁵. Além disto, a restrição deve ser avaliada à luz de seus efeitos com relação à competição, sendo certo que o efeito da fixação de preços é a eliminação de concorrentes. A ilegalidade da conduta foi reconhecida pela Corte, ssegundo a *per se rule*, afirmando que a razoabilidade da restrição não importa na consideração da razoabilidade dos preços⁵⁶.

International Salt Co. Inc. v. United States

A decisão neste caso data de 1947⁵⁷. Trata-se da maior produtora de sal industrial dos EUA, detentora ainda de patentes de duas máquinas usadas no processamento do produto. Uma delas - *lixator* – era usada para dissolver o sal bruto, para vários fins industriais, a outra – *saltomat* – injetava tabletes de sal durante a fabricação de produtos enlatados. A empresa concedia o licenciamento das máquinas, desde que o licenciado adquirisse também o sal bruto e os tabletes a serem processados. A empresa celebrara 790 contratos de licenciamento da *lixator* e 73 da *saltomat*, tendo vendido 119 mil toneladas de sal para uso nessas

⁵⁴ 273 US 392, 47 S.Ct. 377

⁵⁵ “...it cannot be doubted that the Sherman Law and the judicial decisions interpreting it are based upon the assumption that the public interest is best protected from the evils of monopoly and price control by the maintenance of competition.”

⁵⁶ “The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow.”

⁵⁷ 332 US 392, 68 S. Ct. 12

máquinas. Foi proposta ação civil, com fundamento em violação à Seção 1 do *Sherman Act* e Seção 14 do *Clayton Act*.

A empresa defendeu-se alegando que os contratos da *lixator* não previam exclusividade na compra do sal, dispondo que caso o licenciado encontrasse menor preço no mercado, estaria livre para adquirir o produto de terceiro, caso a licenciadora não fosse capaz de vender por igual preço. Os contratos da *saltomat* também não seriam ilegais, visto que o licenciado se beneficiaria de todas as reduções de preço concedidas pela empresa. A ré sustentou ainda que, tendo ela a obrigação de dar assistência técnica e garantir o funcionamento das máquinas, seria razoável exigir que os licenciados adquirissem sal de qualidade superior, a fim de reduzir os custos de manutenção dos equipamentos.

A ré foi condenada, embora reconhecido o direito à imposição de restrições de boa-fé, destinadas à assegurar o bom funcionamento do produto licenciado, foi declarada a ilegalidade *per se* da conduta. Os acordos entre a patenteadora e as licenciadas foram proibidos por serem tendentes a criar monopólio. A Corte reconheceu o caráter restritivo da patente, afirmando contudo que tal direito não confere à empresa licenciadora o poder de praticar a venda casada, restringindo o comércio de produto não patenteado, no caso, o sal⁵⁸.

United States v. Arnold, Schwinn & Co. et al.

Schwinn é uma empresa familiar, fabricante de bicicletas e peças e acessórios para bicicletas. O caso⁵⁹, julgado em 1967, se inicia com a acusação formulada pelo *Attorney General* sobre a existência de uma conspiração desde 1952 envolvendo fixação territórios exclusivos para atacadistas e intermediários e acordos com franqueados. Os métodos de distribuição foram apontados como ilegais, segundo a *per se rule*. Em 1951, a empresa possuía a maior parcela do mercado de bicicletas – 22,5% - enquanto em 1961, esta caiu para 12,8%. Schwinn vendia seus produtos diretamente ou através de atacadistas, sendo 84% de suas vendas através de lojas especializadas. Esses lojistas e distribuidores não eram exclusivos, podendo vender outras marcas de bicicleta. Com o fim da 2ª. Guerra Mundial, a

⁵⁸ “Of course a lessor may impose on a lessee reasonable restrictions designed in good faith to minimize maintenance burdens and to assure satisfactory operation. (...) but it is not pleaded, nor is it argued, that the machine is allergic to salt or equal quality produced by anyone except International.(...) Rules for the use of leased machines must not be disguised restraints of free competition, though they may set reasonable standards which all suppliers must meet.”

⁵⁹ 388 US 365, 374, 87 S.Ct. 1856

empresa passou a franquear sua marca. O franqueado também podia vender outras marcas, no entanto, devia promover as bicicletas Schwinn pelo menos em igualdade de condição com as demais. O número de franqueados era limitado por área e cada um deles somente podia adquirir de um distribuidor autorizado e vender a consumidores, ficando proibido de vender a varejistas não franqueados. Os atacadistas, por seu turno, possuíam territórios específicos e exclusivos e eram autorizados a vender somente para franqueados. Não havia, portanto, concorrência entre os distribuidores. Trata-se então de restrição vertical.

A *District Court* considerou o método de distribuição ilegal, constituindo violação *per se* ao estatuto. A Suprema Corte porém afastou a aplicação da *per se rule*, por não haver fixação de preços, e decidiu analisar o caso segundo a *rule of reason*, investigando se a conduta questionada seria justificável e se teria produzido efeitos nocivos ao mercado, no tocante à concorrência⁶⁰. Ou seja, a legalidade da prática adotada pela empresa foi determinada segundo os efeitos concorrenciais produzidos no mercado.

O julgamento então consistiu em determinar até que ponto o fabricante pode restringir verticalmente, selecionando áreas e pessoas para quem seu produto pode ser revendido. Analisando o mercado como um todo, a Suprema Corte deu provimento em parte ao recurso, decidindo que, no tocante ao sistema de franquias, conservando o fabricante a propriedade das mercadorias, a restrição imposta era razoável. Somente quanto aos produtos vendidos diretamente ao varejista, haveria violação *per se*, por ter sido transferida a propriedade dos bens.

Houve ainda dois votos divergentes – *Justices* Stewart e Harlan – destacando que o método de distribuição implantado como técnica de *marketing* foi a “salvação” da empresa e, embora tenha reduzido sua participação no mercado, aumentou suas vendas. Logo, a justificativa comercial apresentada seria razoável, pretendendo a empresa selecionar seus revendedores de modo a tornar mais eficiente e qualificado o serviço prestado ao consumidor, principalmem-

⁶⁰ “... the test of reasonableness were merely whether Schwinn’s restrictive distribution program and practices were adopted for ‘good business reasons’ and not merely to injure competitors, or if the answer turned upon whether it was indeed ‘good business practice’ [...] Our inquiry is whether, assuming nonpredatory motives and business purposes and the incentive of profit and volume considerations, the effect upon competition in the marketplace is substantially adverse. The promotion of self-interest alone does not invoke the rule of reason to immunize otherwise illegal conduct. It is only if the conduct is not unlawful in its impact in the marketplace or if the self-interest coincides with the statutory concern with the preservation and promotion of competition that protection is achieved.”

te no pós-venda, considerando que esse tipo de produto depende de manutenção com frequência. A divergência se refere, portanto, à segunda parte da decisão que, “inexplicavelmente” proíbe a restrição de venda a não franqueados, tornando inviável o sistema de distribuição adotado pela empresa⁶¹.

United States v. Topco Associates, Inc.

A Topco⁶² foi fundada em 1940 por um grupo de pequenos e médios supermercados regionais, que decidiram somar esforços para comercializar produtos sob sua marca, a fim de competir com as grandes cadeias de varejistas. Trata-se de uma cooperativa que funcionava como agente, incumbido da compra de produtos, de mil tipos diferentes, comercializados sob uma marca própria. A cooperativa não possuía instalações produtoras, nem realizava estoque ou o transporte das mercadorias, entregues aos adquirentes, que muitas vezes efetuavam o pagamento diretamente aos fabricantes. Os membros da cooperativa tinham igual direito de voto e também de veto. Os estatutos da cooperativa previam três formas de associação e correspondente tipo de licença: exclusiva, não exclusiva e coextensiva. No primeiro caso, o associado tinha exclusividade para venda dos produtos da marca num determinado território e ficava também proibido de vendê-los fora dessa área. Caso algum outro comerciante desejasse vender tais produtos na mesma área, o interessado podia exercer seu direito de veto, recusando a entrada do concorrente. A ação foi proposta com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, dada a existência de acordo visando à eliminação da concorrência.

A defesa alegou que a divisão territorial era necessária à estratégia de vendas, e que não constituía prática restritiva, pelo contrário, permitia que esses pequenos e médios comerciantes locais competissem mais eficientemente com os grandes varejistas nacionais, os quais podiam obter melhores condições pelo volume de negócios realizados e maiores margens de lucro, principalmente com suas marcas próprias.

Em 1º. Grau, a Corte decidiu que a prática era procompetitiva e estava portanto de acordo com os objetivos do direito da concorrência. A Suprema Corte, no entanto, reformou a decisão e, aplicando a *per se rule*, declarou ilegal

⁶¹ “Centuries ago, it could perhaps be assumed that a manufacturer had no legitimate interest in what happened to his products once he had sold them to a middleman and they had started their way down the channel of distribution. But this assumption no longer holds true in a day of sophisticated marketing policies, mass advertising, and vertically integrated manufacturer- distributors.”

⁶² 405 US 596, 620, 92 S. Ct. 1126

a restrição horizontal imposta⁶³, a fim de permitir a competição entre os comerciantes da mesma marca.

O voto vencido do Justice Burger insurge-se contra o estabelecimento de uma nova *per se rule*, que não deveria se aplicar a casos de acordo para divisão de mercado quando não há monopólio ou conduta monopolística, tendo sido, ao contrário, estabelecido com o propósito – legítimo – de estimular a concorrência com as grandes empresas, com vantagens para o consumidor.

Continental T.V., Inc. et. al. v. GTE Sylvania Inc.

Sylvania fabricava e vendia aparelhos de televisão através de distribuidores que, por sua vez, revendiam os produtos a um grande e diversificado grupo de varejistas. Em virtude de perda de parcela de mercado (1 a 2% do mercado nacional), a empresa modificou sua técnica de distribuição, passando a vender diretamente a um grupo menor e mais selecionado de varejistas franqueados. A estratégia tinha por fim tornar mais agressiva a promoção de vendas, incrementando a concorrência no varejo e previa que cada franqueado só podia vender em determinada área geográfica, ficando livre contudo para comercializar outras marcas concorrentes. Com essa mudança, em apenas 3 anos, a empresa conquistou 5% de parcela de mercado, tornando-se a 8ª. produtora de televisores no país. A líder do mercado na época (1965) era a RCA, que detinha 60 a 70% do mercado, competindo com mais de 100 fabricantes.

O processo no qual foi proferida a decisão analisada⁶⁴ refere-se a litígio entre particulares e teve origem no incorformismo de um dos franqueados - Continental – que se insurgiu contra a licença concedida pelo fabricante a outro varejista, situado na mesma área daquele. A autora alegou violação à Seção 1 do *Sherman Act*, consistente no contrato de franchising, que proibia a venda fora dos territórios previamente determinados, restringindo ilegalmente a concorrência.

O juízo de 1ª instância concluiu que a restrição imposta por Sylvania tinha potencial danoso à concorrência, comparado ao caso Schwinn, e portanto

⁶³ A aplicação do critério de julgamento foi justificada em termos de previsibilidade, manifestando-se a Corte sobre a necessidade da formulação destas regras diante da incapacidade do judiciário para analisar problemas econômicos, confira-se: “*Our inability to weigh, in any meaningful sense, destruction of competition in one sector of the economy against promotion of competition in another sector is one important reason we have formulated per se rules.*”

⁶⁴ 433 US 36, 97 S. Ct. 2549

deveria ser analisado segundo a *per se rule*. Em ambos os casos, as restrições tinham por fim limitar a liberdade do varejista em dispor das mercadorias como lhe conviesse. Ambas tinham por efeito reduzir, porém não eliminar a concorrência e permitiam que os fabricantes regulassem as relações entre os varejistas. A Suprema Corte então passou a analisar com profundidade a natureza das restrições verticais e seu impacto na concorrência entre os comerciantes da mesma marca e entre as diversas marcas⁶⁵. A Corte reconhece que o controle que os fabricantes podem exercer sobre o destino de seus produtos está relacionado não apenas com estratégias de *marketing*, mas sobretudo com a garantia de segurança e qualidade, pela qual são responsáveis. Conclui então por afastar a aplicação da *per se rule*, anulando o julgamento e devolvendo o caso para julgamento pela *rule of reason*.

United States v. Aluminum Co. Of America et al.

Todos os casos até aqui comentados se fundamentaram na Seção 1 do *Sherman Act*, envolvendo acordo ou conspiração entre empresas. A Seção 2 trata de atos unilaterais, sobre os quais também há casos importantes na jurisprudência, valendo trazer à colação pelo menos dois. O primeiro deles, julgado em 1945⁶⁶, ficou conhecido como o *Alcoa case*.

A empresa produzia lingotes de alumínio e, desde 1895, também fabricava produtos acabados ou semi-acabados de alumínio. O alumínio é um elemento químico que não se encontra em estado natural, pois se trata de uma combinação envolvendo oxigênio. Uma das suas formas mais comuns é conhecida como alumina, que pode ser extraída de um mineral, a bauxita. Em 1903, a

⁶⁵ “Vertical restrictions reduce intrabrand competition by limiting the number of sellers of a particular product competing for the business of a given group of buyers. Location restrictions have this effect because of practical constraints on the effective marketing area of retail outlets. Although intrabrand competition may be reduced, the ability of retailers to exploit the resulting market may be limited both by the ability of consumers to travel to other franchised locations and, perhaps more importantly, to purchase the competing products of other manufacturers. [...] Vertical restrictions promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products. These “redeeming virtues” are implicit in every decision sustaining vertical restrictions under the rule of reason. Economists have identified a number of ways in which manufacturers can use such restrictions to compete more effectively against other manufacturers.”

⁶⁶ 148 F. 2d 416

Alcoa obteve a licença para uso exclusivo de um processo industrial, que tornava muito mais econômica a produção do alumínio, eliminando praticamente a concorrência. Assim, a empresa obteve o monopólio da fabricação dos lingotes de alumínio virgem, tendo sido por um longo período a única produtora de alumínio virgem nos EUA, estimando-se em 91% sua participação no mercado.

O alumínio pode ser reciclado, pelo retorno de produtos acabados, que são descartados e voltam à indústria, como também pode ser obtido das sobras dos cortes realizados pelo próprio fabricante nas “lâminas”. Em ambos os casos, o metal é derretido e usado na fabricação de novos lingotes, denominados “alumínio secundário”. Embora este produto possua as mesmas propriedades e composição do original - o alumínio virgem - há resistência à sua compra, não se prestando a determinados usos, como por exemplo, para fabricação de peças de aviões e também cabos. Evidentemente, há um custo envolvido nesse processo de reciclagem, para eliminação de impurezas e realização de testes de composição, havendo então 17 empresas especializadas na fabricação do alumínio secundário.

Proposta a ação civil, com fundamento na Seção 2 do Sherman Act, a Alcoa se defendeu alegando que o fato de ser a única fabricante do alumínio virgem não lhe garantia o monopólio, uma vez que o mercado seria dividido com os produtores de alumínio secundário e com os importadores do alumínio virgem. Além disto, sua posição no mercado teria sido obtida licitamente, o que como resultado do crescimento da empresa.

O juízo de 1º grau acolheu as razões da empresa e considerou o alumínio secundário como parte do mercado, calculando sua parcela em apenas 64%, no período de 1929 a 1938. Os lingotes fabricados pela Alcoa causavam efeito direto e indireto no mercado de lingotes, tendo a Corte concluído que cada lingote produzido, considerando-se a possibilidade de produção do alumínio secundário, reduzia a demanda do próprio produto⁶⁷. Em algum momento, o alumínio secundário compete com o virgem e portanto fixa um “teto”, além do qual o preço deste não pode subir, e que varia conforme o custo da sua produção, ou seja, o custo de retornar os produtos e reciclá-los. O preço praticado pela Alcoa estaria contingenciado pelo mercado secundário, ou seja, limitado pelo que ela própria produziu e vendeu anteriormente.

O julgamento contudo foi reformado pela Corte de Apelação, reconhecendo a existência do monopólio e a conduta monopolística.

⁶⁷ “On these facts the judge found that ‘every pound of secondary or scrap aluminum which is sold in commerce displaces a pound of virgin aluminum which otherwise would, or might have been, sold.’”

United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.

Du Pont é fabricante de celofane, espécie de material plástico próprio para embalagens, e foi acusada de conduta monopolística, tendo sido proposta ação civil⁶⁸, com fundamento na Seção 2. Em sua defesa alegou simplesmente que não possuía poder de monopólio porque, embora fosse a líder do mercado de celofane, não controlaria o preço do produto, fazendo parte de um mercado maior que compreende outros produtos flexíveis para embalagens, tais como papel encerado, *glassine* e outros que tais. Nesse mercado, das embalagens flexíveis, a du Pont tinha apenas 17% de parcela de mercado. A questão portanto refere-se à determinação do mercado relevante, ou seja, à indagação sobre a elasticidade da demanda (*cross elasticity*) entre celofane e outros materiais para embalagem.

O juízo de 1º. Grau decidiu pela improcedência, concluindo que, mesmo que a empresa possuísse poder de mercado sobre as vendas do celofane, tal poder teria sido legitimamente adquirido e estaria protegido por patentes. Em grau de recurso, a Suprema Corte confirmou a decisão, porém em termos diversos, analisando detidamente a questão do mercado relevante.

A empresa detinha direitos sobre o processo de produção desse material, que na primeira metade do século XX se tornou largamente utilizado para embalagens de alimentos e inúmeros outros produtos, catapultando suas vendas. Seus maiores clientes eram portanto as indústrias e, enquanto o fornecimento ficava em torno de 7% das embalagens das confeitarias, 80% das embalagens de cigarros utilizavam esse material. Esses dados levaram à conclusão de que a empresa dividia o mercado com outros fabricantes de material para embalagem. Foi observada ainda a perda de mercado para o material denominado *pliofilm*, de qualidade superior para determinadas finalidades, e apreciado também o fator preço, tendo sido encontrados exemplos de perda de mercado para *glassine*, nas embalagens de chocolates, para papel encerado, nos alimentos congelados e outros⁶⁹.

A determinação do mercado relevante dependeria do quanto são diferentes os produtos e do quanto são intercambiáveis ou, segundo a decisão, “*how far buyers will go to substitute one commodity for another*”. Em conclusão, a

⁶⁸ 351 US 377, 380; 76 S.Ct. 994

⁶⁹ “*An element for consideration as to cross-elasticity of demand between products is the responsiveness of the sales of one product to price changes of the other. If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number of customers of other flexible wrappings to switch to cellophane, it would be an indication that a high cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market.*”

Suprema Corte declarou que o mercado relevante se compõe de produtos que tenham razoável intercambialidade para os fins a que se destinam, considerando preço, o uso e as qualidades deste. Não possuindo a empresa expressiva parcela de mercado, a alegação de monopólio não foi acolhida, por maioria.

O julgamento gerou acesa polêmica, tendo suscitado três votos divergentes – *Chief Justice Warren*, *Justice Black* e *Justice Douglas*, que consideraram outros dados para concluir em sentido contrário. Com efeito, como ficou comprovado no processo, durante o período em questão – 1923 a 1947 – o total das vendas do produto cresceu de US\$ 1,306,662 para US\$ 55,339,626. Em 1929, o preço do celofane era sete vezes superior ao da *glassine*, em 1934, quatro vezes maior, e em 1949, custava o dobro. Essas informações permitiriam então concluir pela insubstituibilidade do produto, considerando seu uso em escala industrial⁷⁰. Além disto, ficou demonstrado que a única concorrente da empresa no mercado de celofane – Sylvania – acompanhava sua lista de preços, enquanto os fabricantes dos outros materiais aparentavam indiferença às mudanças de preço praticadas pela du Pont. Esta política de preços “independente” foi considerada um indício da existência de monopólio, pela minoria, a qual concluiu se tratar de conduta anticompetitiva:

“The conduct of du Pont and Sylvania illustrates that a few sellers tend to act like one and that an industry which does not have a competitive structure will not have competitive behavior.”

6. A proteção da concorrência e o desenvolvimento da indústria do petróleo no Texas

O primeiro caso de grande repercussão nos Estados Unidos em matéria de concorrência foi o da empresa *Standard Oil*, cuja importância merece ser duplamente destacada, tanto pelo fato de ter mostrado a força desse novo ramo do direito, como por ter contribuído decisivamente para o desenvolvimento da indústria do petróleo nos Estados Unidos, em especial no Texas. A dissolução da empresa marcou a evolução da estrutura do mercado do petróleo até os anos 50 e suscitou o debate em torno dos objetivos do *Sherman Act*, então recentemente aprovado.

⁷⁰ *“We cannot believe that buyers, practical businessmen, would have bought cellophane in increasing amounts over a quarter of a century if close substitutes were available at from one-seventh to one-half cellophane’s price. That they did so is testimony to cellophane’s distinctiveness.”*

A história se inicia com a descoberta da jazida de Spindletop em 1901, a qual causou grande impacto na indústria e na sua organização. Para se ter uma idéia da importância desse novo campo, empresas como Gulf Oil e a Texaco surgiram em Spindletop, a Shell iniciou ali suas atividades como transportadora em larga escala, a Mobil, a Exxon e outras empresas de porte têm seus nomes ligados à jazida. O tamanho da jazida, sua localização próxima ao Golfo do México e a existência das leis estaduais de proteção da concorrência são apontados pelos historiadores como os motivos do sucesso de Spindletop. Com efeito, graças às leis protecionistas do Texas, aprovadas em 1876, antes portanto do *Sherman Act*, bloquearam a entrada da Standard Oil nesse novo e promissor campo de exploração de petróleo. A decisão da Suprema Corte, na verdade, é decorrência de um processo econômico iniciado com a implementação da lei estadual, com fundamento na qual se garantiu a participação de outras empresas num mercado até então dominado pelo gigante de John Rockefeller.

Além dos obstáculos legais, um ambiente politicamente hostil impediu a entrada da Standard Oil no Texas. Interpretada rigorosamente, a lei estadual antitruste, impedia a empresa de operar legalmente no estado, proibindo acordos tendentes a restringir a concorrência, bem como a participação de uma empresa como acionista em outra. Impedia, portanto, a integração vertical, estratégia com a qual a Standard Oil se notabilizou, desenvolvendo simultaneamente atividades de produção, refino, transporte e distribuição. Às vésperas da descoberta da jazida, a empresa dominava todas as fases da exploração do petróleo nos Estados Unidos, controlando 85% da produção de óleo, 80% da capacidade de refino, 85% do mercado de querosene e a maior parte dos tanques e oleodutos⁷¹.

Apesar disto, valendo-se de uma subsidiária, a Security Oil Company, da qual não participava ostensivamente⁷², a Standard Oil passou a atuar no Texas, fato que gerou um sentimento populista, acirrando os ânimos dos *trustbusters*, a

⁷¹ Harold Williamson. *The age of energy*. p. 7, apud Joseph A. Pratt. *The petroleum industry in transition: antitrust and the decline of monopoly control in oil*. Journal of Economic History, v. 40, p. 820, 1980.

⁷² “Most of those involved in the region’s oil business understood and tolerated this arrangement. Standard was one of the few organizations with access to the capital, the expertise, and the markets needed to build and operate a refinery large enough to purchase substantial quantities of oil from the expanding area fields. As a result, those concerned with the rapid development of these fields and of the city of Beaumont ignored Security’s ties to the ‘octopus’. Recognizing that the company ‘was a potent force in the prosperity of South East Texas’, they were not eager to cut off the tentacle that was feeding them.” (Joseph Pratt. *Op. cit.* p. 823)

favor da preservação da principal riqueza do estado, posta a salvo do poder do *trust*. Por outro lado, os defensores da permissão viam vantagens na exploração da nova riqueza por uma empresa sabidamente organizada e eficiente, com experiência e acesso ao mercado, aos meios de transporte e à tecnologia da indústria. Por essa razão, a despeito dos muitos aspectos desfavoráveis, a empresa foi autorizada a funcionar no Texas, tendo tido um papel importante nos primeiros anos da indústria do petróleo no estado.

Embora a Standard Oil tenha penetrado no mercado texano indiretamente, através de sua subsidiária, seu crescimento acabou provocando uma reação da opinião pública e, conseqüentemente, das autoridades estaduais da concorrência, que em 1906 proibiram a expansão de sua refinaria e a construção de um oleoduto na costa do Golfo. Em 1909, a Security Oil Company foi condenada em ação civil proposta pelo Attorney General do Texas a vender suas propriedades, por violação às leis antitruste. O *trust*, no entanto, ainda fez outras tentativas de entrada no Estado através dos chamados *blind tigers*, companhias independentes mas secretamente afiliadas à Standard Oil, todas reprimidas pela pronta resposta do poder público.

Essas ações constituíram um incentivo para outros investidores, que se dispuseram a enfrentar a competição no mercado do petróleo, construindo novas plantas as quais geraram poderosas empresas, como a Exxon e a Mobil. Estas e outras empresas, como a Texaco e a Gulf Oil, embora tenham se beneficiado da implementação das leis antitruste, adotaram o mesmo modelo de organização da Standard Oil para fazer concorrência a ela, integrando-se verticalmente para suprir algumas fatias do mercado. Curiosamente, foram beneficiadas pela exclusão de sua maior concorrente, embora elas próprias tenham se organizado como “mini-trusts”.

O cerco à *octopus* prosseguiu, até que em 1911 a Suprema Corte decidiu pela dissolução da companhia, tornando ainda mais favorável o cenário para aquelas empresas que iniciaram suas atividades em Spindletop. Sobre a importância da decisão na história da indústria do petróleo, vale citar:

*“Events in the early Texas oil industry, however, strongly suggest that antitrust and the fear of antitrust had a pervasive and far-reaching effect on the rise of oligopoly in oil. Without these laws, Standard Oil would have faced fewer and weaker competitors in the twentieth century. Such results obviously were more modest than had been hoped for by those who saw antitrust as a tool for returning ‘perfect competition’ to the industry. Yet they were also more significant than a generation of business historians had since argued.”*⁷³

⁷³ *idem*, p. 831.

A longo prazo, contudo, o que observam os historiadores foi a mera substituição do monopólio pelo oligopólio e, tendo que optar entre a rigorosa aplicação das leis da concorrência e o crescimento da indústria no estado, as autoridades deixaram de atuar com tanta freqüência, premidas pela contínua falta de recursos e de informação. Concluem portanto que as leis antitruste estaduais afinal foram usadas apenas esporadicamente, tendo restado a experiência da Standard Oil sobretudo como um símbolo, mais do que propriamente como um marco na história da proteção da concorrência norte-americana.

7. Direito Antitruste atual: o caso Microsoft

Quase um século após o fim da Standard Oil, o direito antitruste voltou a ser tema de debate - e polêmica - na sociedade americana com o caso Microsoft, que ocupou o noticiário, os trabalhos acadêmicos e as rodas de conversa no final dos anos 90. O caso é dos mais complexos, envolvendo a inovadora e poderosa indústria da informação, a qual apresenta características peculiares, que tornam ainda mais tormentosa a aplicação da lei de proteção da concorrência.

A história se inicia em 1994, quando a empresa, então demandada pela Novell pela prática de venda casada, firmou um *consent decree*⁷⁴, espécie de compromisso de ajustamento firmado em juízo, pelo qual se obrigava a não licenciar produtos condicionados à licença de um segundo produto. Embora tenha posto fim à controvérsia com aquele acordo, na mesma ocasião envolveu-se em outra disputa com a empresa Netscape, dona dos direitos do *software* Navigator, então líder do mercado de *browsers* e concorrente do Internet Explorer, produzido pela Microsoft. Naquele ano, ao lançar o programa Windows 95, a Microsoft combinou os dois *softwares*, vinculando o navegador ao sistema operacional. O DOJ, intervindo na questão, entendeu que a prática violava o *consent decree* e proibiu a empresa de licenciar o Windows sob condição de licenciar também o Explorer, consentindo porém na combinação dos dois programas, por considerar que a apresentação do sistema operacional permitia que esses fossem separa-

⁷⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448. Para uma definição de *consent decree*, cf. Black's Law Dictionary: "A judgment entered by consent of the parties whereby the defendant agrees to stop alleged illegal activity without admitting guilt or wrongdoing. Agreement by defendant to cease activities asserted as illegal by government. Upon approval of such agreement by the court the government's action against the defendant is dropped. Also, a decree entered in an equity suit on consent of both parties, it is not properly a judicial sentence, but is in the nature of a solemn contract or agreement of the parties, made under the sanction of the court..." (Saint Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990)

dos facilmente. A Corte de Apelação, no entanto, isentou a empresa de responsabilidade por descumprimento da ordem, que entendeu não caracterizado.

A imensa difusão do Windows⁷⁵ e sua característica de “plataforma” para outros *softwares* aplicativos, se de um lado representou uma vantagem para seus usuários, por outro fez surgir preocupações no tocante à concorrência.

Em maio de 1998, o Departamento de Justiça e dezenove *attorneys general* estaduais ajuizaram ação contra a Microsoft por violação das leis antitruste⁷⁶. A iniciativa foi vitoriosa em 1º. Grau, tendo sido a empresa condenada pelo *District Judge* Thomas Jackson em abril de 2000⁷⁷, o qual determinou sua divisão em duas empresas, uma que ficaria com os direitos do Windows e outra para os demais programas aplicativos. A decisão declarou que a empresa possuía o monopólio no mercado para sistemas operacionais de computadores pessoais (PC), compatíveis com Intel, em violação à Seção 2; concluindo que, no mercado de sistemas operacionais, a Microsoft detinha parcela superior a 95%, além de estar protegida por barreiras de entrada. A Corte reconheceu a existência de conduta monopolística no mercado para navegadores de Internet em violação à Seção 2, condenando também a prática ilegal de venda casada do Windows e Internet Explorer, em violação à Seção 1 do *Sherman Act*.

Depois de concluir que a Microsoft detinha poder de mercado, a Corte entendeu que a empresa violou a Seção 2 por uma variedade de atos anticoncorrenciais para manter seu monopólio. Especificamente, foi responsabilizada (1) por ter integrado o Internet Explorer ao Windows, (2) por acordos formalizados com fabricantes de *hardware*, provedores de Internet, vendedores independentes de *software*, e também com a Apple Computer, (3) por ter tentado impedir o desenvolvimento da tecnologia Java e (4) por sua conduta como um todo.

⁷⁵ “Microsoft’s Windows operating system is the sun in the solar system of the information economy. With tens of millions of users worldwide, Windows is the most significant platform for continued software innovation. As Windows has matured, its interoperability has increased. Functions once considered distinct, such as disk de-fragmentation and memory management, have become part of the Windows system. While this interoperability offers advantages to consumers, it also raises serious antitrust concerns.” (Samuel Noah Weinstein, *United States V. Microsoft Corp.*, Berkeley Technology Law Journal, 2002

⁷⁶ Na verdade, tais ações foram ajuizadas separadamente, tendo sido reunidos os processos a pedido da ré, e novamente desmembrados em fevereiro de 2002.

⁷⁷ *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59, 64-65 (D.D.C.2000)

⁷⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

A empresa então interpôs apelação, tendo sido o caso remetido à apreciação da *D.C. Circuit Court*. Em sua defesa, negou possuir poder de mercado por estar permanentemente ameaçada por concorrentes potenciais, razão pela qual investe muito em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Além disto, alegou não adotar conduta anticompetitiva, tanto assim que o Windows não era comercializado a preços monopolísticos, o que revelaria o equívoco da decisão, que não teria considerado o interesse dos consumidores.

A Corte de Apelação confirmou em parte a decisão recorrida⁷⁸, reconhecendo que a empresa utilizou-se de conduta anticoncorrencial para manter ilegalmente o monopólio no mercado de sistemas operacionais; porém reformou a sentença para afastar a condenação no tocante à existência de monopólio no mercado de navegadores de Internet. Além disto, afastando-se de precedente da Suprema Corte, a *Circuit Court* decidiu aplicar o critério do *rule of reason*, afastando a condenação baseada na análise *per se* para a venda casada envolvendo os dois softwares.

A decisão reconheceu a existência de poder de mercado baseada numa análise estrutural, a qual contemplou não apenas a parcela de mercado, mas sobretudo a existência de barreiras de entrada. Tais barreiras se apresentam tanto na preferência dos consumidores por sistemas que possuam um grande número de aplicativos, como na preferência dos produtores em elaborar programas para sistemas operacionais que tenham muitos consumidores⁷⁹. Reconheceu ainda a prática de uma série de atos anticompetitivos, como por exemplo a própria técnica de distribuição utilizada pela Microsoft, implementada através de acordos pactuados com fabricantes de computadores (*hardware*), anexos à licença de utilização do Windows. De acordo com tais contratos, os fabricantes passaram a fornecer os equipamentos com o navegador já instalado, prática que ao mesmo tempo tornou menos atraente e mais difícil a opção pelo Netscape Navigator e ampliou imensamente a utilização do Internet Explorer. A defesa da Microsoft sustentou que tal prática decorre do exercício regular do direito de propriedade intelectual e, portanto, não pode ser considerada ilegal. A decisão rejeitou sumariamente tais argumentos.⁸⁰

A Corte condenou também a Microsoft por ter vinculado o navegador ao sistema operacional através de vários “expedientes”, como por exemplo, pela

⁷⁹“This “chicken-and-egg” situation ensures that applications will continue to be written for the already dominant Windows, which in turn ensures that consumers will continue to prefer it over other operating systems.” (Summary Of D.C. Circuit Opinion In *United States v. Microsoft, Computer and Internet Lawyer*, n. 19, p. 26, setembro 2001).

⁸⁰ “Intellectual property rights do not confer a privilege to violate the antitrust laws.” (253 F.3d at 63)

eliminação da opção “adicionar e remover programa” do menu do Explorer, ou pela inserção de códigos para impedir a retirada deste, de forma a tornar inviável a utilização do Windows neste caso. Os contratos com provedores de internet também foram considerados anticompetitivos. Tais acordos previam intensa cooperação entre as empresas, de um lado, a Microsoft incluía o ícone do provedor no *desktop* do sistema operacional, de outro, o provedor comprometia-se a só promover o Explorer e jamais o concorrente. O mais significativo desses acordos foi celebrado com a AOL (*America On Line*), embora tivessem alcançado todas as grandes empresas prestadoras deste serviço.

Outros acordos, celebrados com produtores independentes de *software* foram também condenados pela Corte. Através destes, a Microsoft se comprometia a dar assistência técnica sob condição de ser utilizado exclusivamente o Explorer pela contratante.

A fim de impedir o desenvolvimento da tecnologia Java, produzida pela empresa Sun Microsystems, a Microsoft engajou-se numa série de estratégias anticompetitivas, inclusive lançando o seu Java Virtual Machine, sistema incompatível com aquela, concebido para induzir a erro o usuário, como considerou o juízo de 1o. Grau. Neste ponto, no entanto, a Corte reformou a decisão, entendendo que não se tratava de ato anticoncorrencial, resultando inclusive em benefício para os consumidores. A tese dos autores, rejeitada pelo Tribunal, sustentava que o Java, por se tratar de um *middleware*, serviria de plataforma para outros programas, competindo portanto diretamente com o Windows. Além disto, o fato de ser possível a utilização desta tecnologia em vários sistemas, inclusive no próprio Windows, conduziria, a curto prazo, no desenvolvimento de outros aplicativos, ameaçando assim a hegemonia do sistema operacional da Microsoft.

Porém a grande reviravolta provocada pela decisão em 2o. Grau referiu-se à questão do modelo de análise da venda casada, condenada pela sentença segundo a *per se rule*, afinal afastada pela Corte, que determinou o julgamento de acordo com a *rule of reason*. Esta parte da decisão constituiu um importante precedente, beneficiando a indústria da informática com um tratamento diferenciado, em contemplação de suas peculiaridades⁸¹.

⁸¹ A própria doutrina se incumbiu de destacar tais peculiaridades, vale conferir: “*Most high-technology industries involve products that are knowledge-intensive, rather than labor-intensive. Knowledge, especially the kind of knowledge needed to develop software, biotechnology, and other types of high-tech products, is generally expensive to produce. Once these products are developed, however, they are usually cheap to reproduce. This means that these industries tend to be characterized by high fixed costs and low marginal*

Posteriormente, foi firmado um novo *consent decree*⁸², pelo qual a empresa assumiu uma série de compromissos pelo prazo de 5 anos, evitando assim a divisão determinada em 1o. Grau. Para a doutrina, tal acordo representou uma verdadeira vitória para a empresa, tendo sido por isto criticado.

A distinção empregada pela decisão da Justiça Americana pode conduzir à consolidação do monopólio na *high tech industry*, parte fundamental da chamada “nova economia”, de forma a torná-la, ao menos na prática, imune à aplicação das leis de proteção à concorrência. A grande discussão travada no julgamento, e de resto na produção científica sobre o tema, refere-se à tensão entre as vantagens da integração de tecnologias e os riscos para a concorrência. A difícil ponderação entre os interesses em conflito deve pontuar a avaliação das questões envolvendo a indústria da informática nos próximos anos.

costs, and as a result average costs are reduced as output increases. Thus, there are strong economies of scale on the supply side in many high-technology markets.

Strong ‘network’ effects are a second key characteristic of high-technology markets. Network effects occur when the value of owning a good or service increases in relation to the number of consumers who already own it. The telephone system provides a good example. As the number of individuals who own phones rises, phone ownership becomes more valuable to potential consumers. Computer operating systems are an obvious new-economy example of a product with network effects.

Third, some high-technology products are subject to a lock-in effect. This means that once consumers are familiar with a product and are trained to use it, they are reluctant to switch to a different product. This is true of many software products, which can be difficult and time-consuming to master.

These characteristics- supply-side economies of scale, network effects, and lock-in - combine to create important tendencies toward monopoly in high-technology markets.” (Samuel Noah Weinstein, U.S. v. Microsoft Corp., Berkeley Technology Law Journal, 2002)

⁸² Sobre *consent decree*, v. definição nota 73. O teor do compromisso está disponível em www.usdoj.gov/cases.f9400/9495.htm