

A política antitruste e o mundo real¹

Lucia Helena Salgado²

É ocioso buscar ao longo da história da política antitruste norte-americana um caso em que o ambiente político e as crenças econômicas então em voga não tenham desempenhado papel fundamental. Desde seus primórdios, a política antitruste nos Estados Unidos desenvolveu-se no mundo real e não protegida em uma redoma teórica.

Um elemento que caracteriza as três peças básicas de legislação antitruste norte-americana — a Lei Sherman de 1890 e as Leis Clayton e do FTC de 1914 — é sua extrema generalidade. Os termos com que é definido o comportamento anticompetitivo na legislação conferiram desde sempre uma ampla discricionariedade à interpretação da lei por parte dos juízes. Na seção 1 da Lei Sherman lê-se: “Todo contrato, combinação na forma de truste ou em outra forma, ou conspiração na **restrição ao comércio**, (...) é declarado ilegal.” E na seção 2: “Toda pessoa que monopolize, ou **tente monopolizar**, ou combine ou conspire com outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio é considerado culpado de crime (...). A Lei Clayton, na seção 7, estabelece que: “Nenhuma pessoa engajada em comércio ou em atividade afetando comércio poderá adquirir, direta ou indiretamente, no todo ou em parte ações ou outra forma de participação no capital (...) [ou ativos de outrem] se o efeito de tal aquisição **puder reduzir substancialmente a competição, ou tender a criar um monopólio.**”³ As expressões em negrito deixam um largo

- 1 Escrito em Berkeley, EUA, em agosto de 1995, o presente trabalho apresentava o subtítulo “Notas sobre a experiência norte-americana”, aqui suprimido para adequação ao esquema gráfico da RDE.
- 2 Lucia Helena Salgado e Silva é Doutora em Economia (a. b. d.), pelo Instituto de Economia Industrial, da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Mestre em Ciência Política, pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; e Bacharel em Economia pela Faculdade de Economia e Administração, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Visiting Scholar/Research Associate, de agosto de 1994 a fevereiro de 1996, no Departamento de Economia da Universidade da Califórnia, Berkeley, EUA, é Pesquisadora Plena no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Professora Assistente na Faculdade de Ciências Econômicas, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Recentemente, o Presidente da República submeteu seu nome ao Senado Federal, para o desempenho de mandato de Conselheira do CADE.
- 3 As traduções são livres do original.

espaço para “a aposta, a fé e a intuição”, como já observou um autor (Pitofsky, 1979).

De outra parte, a ordem legal baseada na *Common Law* atribui aos juízes federais, às cortes de apelação e à Suprema Corte, em última instância, papel central na administração da lei.⁴ Assim, a generalidade dos termos legais e a importância do Judiciário dentro da organização político-institucional americana explicam por que a aplicação da legislação antitruste sempre esteve sujeita às crenças jurídicas e econômicas que povoam as mentes dos juízes. Definitivamente, não existem parâmetros objetivos e estáticos na doutrina antitruste que orientem a aplicação da lei. O que é considerado comportamento monopolista, ou estrutura de mercado concentrada, tem dependido fundamentalmente das crenças e conhecimentos dominantes em cada época, assim como das convicções individuais dentro do corpo judiciário.

Para ilustrar o ponto, mencione-se que, em 1989, o então presidente Reagan escolheu três juízes para a Suprema Corte e alterou em quase metade a composição dos tribunais federais. Boa parte desses juízes eram acadêmicos, defensores ou ao menos familiarizados com os ensinamentos da escola de Chicago. Com isso, toda a perspectiva ideológica do Judiciário federal foi alterada em favor de uma postura mais céptica quanto aos poderes regulatórios do governo. Os juízes indicados por Reagan adotaram, de modo geral, posições contrárias à intervenção do governo em processos envolvendo fusões e restrições verticais (Kovacic, 1991). O ambiente político de então exigia um arrefecimento da prática antitruste, identificada com uma postura intervencionista e hostil ao grande capital, mais adequada às administrações democratas que às republicanas. As idéias exerceram aí importante papel instrumental.

De outra parte, a política antitruste é tida por muitos como uma das únicas, senão a única, trincheira do interesse público dentro do conjunto de atividades regulatórias do governo.⁵ Os principais proponentes da teoria do interesse privado como motivador das políticas regulatórias⁶ vêem a legislação antitruste como uma exceção à regra. George Stigler em entrevista a Hazlett (1984) observa que “[a]té onde posso dizer, a Lei Sherman é uma lei de interesse público. Eu gosto da Lei Sherman.” Robert Bork (1978) argumentou

4 No sistema da *Common Law*, não apenas o Legislativo é fonte de lei, mas também o Judiciário.

5 Com as demais atividades tendo sido, inevitavelmente, “capturadas” por interesses particulares.

6 De acordo com essa leitura, também conhecida como teoria da captura, as políticas regulatórias atendem exclusivamente aos interesses dos regulados, por força da capacidade diferenciada dos grupos de organizarem seus interesses. Enquanto o interesse particular de um grupo economicamente poderoso e homogêneo como o de uma indústria é facilmente organizado, o interesse geral dos consumidores não o é, sobretudo considerando-se o benefício marginal que cada indivíduo atribui à sua participação. Para a origem dessa interpretação ver Stigler, 1971 e Peltzman, 1976.

que “a história legislativa do Sherman Act (...) mostra uma clara e exclusiva intenção de política de promover o bem-estar do consumidor.” Na mesma linha, Posner (1976) observa que “os idealizadores do Sherman Act pareciam estar preocupados principalmente com as conseqüências em preços e produção de monopólios e cartéis”.

Poucos, entretanto, arriscariam a opinião *naïve* de que sua aplicação tem seguido critérios bem definidos, inscritos na doutrina. Comportamentos considerados, nos anos 60, como rigorosamente anticompetitivos, como restrições verticais impostas por firmas dominantes, passam, nos anos 80, a serem vistos como parte de estratégias competitivas, baseadas em modos não “estandardizados” de organização. Nos anos 60, a presença de eficiências econômicas pesava contrariamente em decisões sobre fusões de empresas. Ao longo dos anos 70 essa visão foi sendo abandonada em favor de uma maior atenção para os aspectos econômicos associados a fusões e outras formas de concentração de mercado (Williamson, 1989). Nos 80, a concorrência potencial⁷, passa a ser incorporada como elemento na análise das estruturas de mercado, relativizando a importância de cálculos de concentração, ao tempo em que se reduzem as desconfianças quanto às restrições verticais. Finalmente, nos anos 90, incorporam-se à análise econômica antitruste considerações acerca de eficiências tecnológicas e externalidades de rede.⁸

O que mudou ao longo dessas décadas? O ambiente político com relação às grandes empresas, o ambiente competitivo com que essas se defrontam e, finalmente, o ambiente intelectual, com a evolução das idéias econômicas, particularmente em organização industrial, com as críticas da escola de Chicago, da teoria dos mercados contestáveis e da economia dos custos de transação aos ensinamentos estruturalistas dominantes nos anos 60⁹.

7 Significa a possibilidade de entrada no mercado de novos concorrentes, seja no mercado doméstico, com a entrada de firmas estrangeiras, seja no mercado de produto, com a diversificação de firmas já atuantes. Este fenômeno funcionaria como disciplinador das práticas de mercado de empresas dominantes.

8 O conceito de **network externalities** incorpora a idéia de que o valor de um produto aumenta para o consumidor à medida em que aumenta o número de consumidores do mesmo produto (Katz and Shapiro, 1985)

9 Em poucas palavras, a economia dos custos de transação postula que as formas de organização econômica respondem não apenas a custos de produção, mas também a custos de transação. A TCE tem auxiliado significativamente na compreensão de formas não tradicionais de organização da atividade econômica, como *joint-ventures*, franquias e contratos de exclusividade (Williamson, 1993, 1992 e 1979). Já de acordo com a teoria dos mercados contestáveis (Baumol, 1982 e Baumol Panzar and Willig, 1982), sob condições específicas, produtores monopolistas sujeitos à ameaça de entrada de concorrentes no mercado não realizariam lucro econômico, ou seja, comportar-se-iam como se em condições de concorrência perfeita. Os ensinamentos estruturalistas, através do modelo estrutura-conduta-desempenho, associavam diretamente a concentração de mercado a práticas monopolistas.

Difícil definir uma hierarquia entre esses fatores, mas não seria de todo especulativo atribuir à mudança no ambiente competitivo¹⁰ o papel predominante, seguido da mudança no ambiente político — com a articulação dos interesses das indústrias domésticas em defesa de seus espaços de mercado, e, em terceiro lugar, da mudança no ambiente intelectual. Esta última desempenha no processo um papel acessório, mas de fundamental importância, ao fornecer as justificativas para as alterações de rumo na política antitruste. É dizer, a evolução da pesquisa acadêmica fornece os elementos com os quais se constroem os argumentos em favor de mudanças na condução da política.

Interessante é notar como a política antitruste tem desempenhado, em inúmeras ocasiões, o papel de política industrial, em um ambiente político e cultural pouco amistoso à interferência do governo na condução dos negócios privados. Embora de maneira pouco articulada, as decisões de juízes, da *Federal Trade Commission*, da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça¹¹ e mesmo de júris populares, revelam preocupações com a organização, o desenvolvimento e, em certos casos, com a sobrevivência de setores industriais no espaço econômico doméstico. Exemplar tem sido o caso, em desdobramento, do governo contra a *Microsoft*, empresa líder mundial no mercado de sistemas operacionais e *softwares*¹². Após a assinatura de um *consent decree* em julho de 94, pelo qual a empresa se compromete a alterar a prática de incluir em contrato a cobrança de *royalties* por todo computador vendido, independente de ter ele produtos *Microsoft* instalados ou não¹³, o governo impediu a compra da *Intuit*, fabricante do *software* líder de mercado no segmento de administração financeira, por entender que a *Microsoft* poderia passar a dominar também o mercado de transações bancárias. A compra daria à *Microsoft* acesso a sete milhões de consumidores do *Quicken*, o programa financeiro pessoal da *Intuit*, e aceleraria a entrada da empresa nos serviços bancários eletrônicos e outros serviços financeiros *on line*¹⁴. Paralelamente, nenhuma dificuldade foi criada para a compra da *Lotus* pela *IBM*¹⁵, por entender o governo que a *Microsoft*

10 Quando as firmas norte-americanas passaram a enfrentar a concorrência de produtos estrangeiros, mais baratos e/ou de melhor qualidade, fato inédito na história industrial daquele país.

11 Neste caso, sobretudo, através da confecção de *consent decrees*.

12 Mais de 80% dos microcomputadores em operação no planeta utilizam o sistema operacional MS-DOS e a interface gráfica *Windows*.

13 Tal prática foi denunciada por concorrentes, que a viam como desestímulo a que os fabricantes de microcomputadores adquirissem simultânea ou alternativamente seus *softwares* para instalação. O *consent decree* patrocinado pelo Departamento de Justiça foi questionado em fevereiro deste ano por um juiz federal como “muito suave”, mas confirmado, após esforços conjuntos do governo e da empresa junto à Corte de Apelação (em 21/08/95).

14 San Francisco Chronicle, 28/04/95; 21/05/95; 06/06/95; 17/06/95; 24/07/95 e 22/08/95; *Time*, 05/06/95.

15 A *IBM* comprou a *Lotus* por US\$ 3,5 bilhões e com isto ganhou controle sobre *Lotus Notes*, um programa que permite usuários de computadores trabalharem cooperativamente dentro de redes de computadores, o que já é visto como a fronteira na indústria de computação.

“precisa” de um competidor à altura para continuar inovativa e dinâmica no mercado de *software*. Ora, isto é pura política industrial.

Esta particularidade da organização institucional americana não é vista sem críticas. Areeda (1992) comenta que: “Só na América nós deixamos as cortes federais decidirem se fusões devem ser permitidas, se fabricantes de *chips* devem fazer pesquisa conjunta sobre um superchip, que tipos de associações podem ser formadas, se firmas de computação podem utilizar um sistema operacional comum, e muitas questões similares, assim como que tipo de comportamento unilateral é permitido para uma firma individual. Muitas dessas questões são decididas sob alguma variante da regra da razoabilidade, que é um catálogo vago de generalidades que não leva ninguém a conclusões, exceto com a adição de numerosas hipóteses sobre como o mundo funciona.”

A agenda de trabalho da FTC para os meses que se iniciam agora em agosto prevê um conjunto de audiências, amplamente divulgadas e abertas ao público interessado, destinadas à discussão dos ajustamentos requeridos à política antitruste para adequá-la às circunstâncias competitivas deste final de século. A agência examinará, com a colaboração do público, como as mudanças associadas à globalização do processo competitivo e à competição baseada em inovações devem orientar a revisão da política antitruste. As principais questões colocadas em debate são:¹⁶

1) Se a abordagem antitruste tradicional para a definição de mercado relevante e mensuração de poder de mercado da conta plenamente da competição global;

2) Se a análise antitruste pode aperfeiçoar sua capacidade de prever a possibilidade de entrada de firmas estrangeiras em mercados particulares;

3) Se os responsáveis por aplicar a legislação antitruste podem aperfeiçoar a definição do escopo e a medida de poder de mercado em mercados de inovação, tais como os que envolvem pesquisa e desenvolvimento;

4) Como a política antitruste pode maximizar a possibilidade de realização de eficiências e minimizar a possibilidade de danos para os consumidores causado pelo aumento do poder de mercado resultante de fusões, *joint ventures*, ou operações do tipo rede¹⁷ que apresentam eficiências aparentes;

5) Se os responsáveis pela política antitruste devem permitir fusões que reduzam custos significativamente ou aprimorem a qualidade e a efetividade de esforços inovativos;

16 Os pontos seguem literalmente a agenda distribuída pela FTC, através da Internet, em 29/07/95.

17 Network-type operations, no original.

6) Se a análise de fusões americana com respeito a indústrias em dificuldade ou declínio deve ser revista. Seria melhor para acionistas, credores e trabalhadores se as agências, ao analisar, fusões nesses casos, facilitassem a transição para posições de mercado mais fortes, principalmente quando essas firmas enfrentassem a competição estrangeira no mercado doméstico ou quando competissem no mercado externo?

7) Se há barreiras regulatórias que indevidamente reduzam a capacidade de pequenas firmas competir no mercado global;

8) Como a análise antitruste deve ponderar o incentivo à inovação proporcionado pela proteção à propriedade intelectual com o desincentivo a inovar que pode ocorrer se for requerido que a firma proveja acesso a seu produto (por exemplo, quando o produto objeto de propriedade se torna o padrão da indústria);

9) Se redes, como as bancárias ou de sistemas de computação, ou o estabelecimento padrões industriais de fato podem prejudicar a concorrência e se a política antitruste deve proteger a habilidade dos competidores de terem acesso ou se beneficiarem da rede ou padrão provido por outra firma;

10) Que processos institucionais o FTC deve adotar para melhor proteger os consumidores e promover a competição, dadas as realidades da competição global e da rápida inovação.

Como se vê, é riquíssima a agenda de questões para as agências antitrustes norte-americanas nos próximos anos e muito poucas, se existentes, as respostas prontas. Que lições seria possível retirar dessa experiência? Em primeiro lugar, que mesmo na pátria da política antitruste, não existe uma doutrina clara e definitiva a ser aplicada na análise de práticas restritivas e movimentos contracionistas nas estruturas dos mercados. A aplicação da legislação tem evoluído conforme o ambiente político, econômico e intelectual. Sans le savoir, ao que parece, os idealizadores da legislação antitruste demonstraram grande sabedoria ao deixar em aberto a definição do que sejam “práticas de restrição do comércio” e “tentativas de monopolização”.

No Brasil, é preciso também definir que práticas, estruturas e formas de organização dos negócios são desejáveis, tendo em vista o objetivo de inserir o país na disputa competitiva global, com o máximo benefício para os consumidores. Esta tarefa central onde se procura dar concretude a uma política de estímulo à concorrência, só pode ser realizada em contato permanente com o mundo real, distante de dogmas e idéias preconcebidas. Há muito sabemos que nem sempre o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil, mas a mente arejada e atenta daqueles responsáveis por decisões públicas a todos aproveita.

Bibliografia:

- AREEDA, Phillip (1992) "Antitrust Law as Industrial Policy: Should Judges and Juries Make It?" in Jorde, Thomas and Teece, David (eds.) *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, 29-46, Oxford University Press;
- BAUMOL, William (1982) "Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure" in *The American Economic Review*, march 72:1, 1-15;
- _____, Panzar, John C., and Willig, Robert D. (1982) *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*, San Diego: Harcourt Brace Jovanovich;
- BORK, Robert (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books;
- HAZLETT, Thomas W. (1984) "Interview with George Stigler" in *Reason*, January, 44-48;
- KATZ, S. and Shapiro, C. (1985) "Network Externalities, Competition and Compatibility" in *The American Economic Review* 75, 424-440;
- KOVACIC, William F. (1991) "Reagan Judicial Apointees and Antitrust in the 1990s: in *Fordham Law Review* 60: 49-124;
- PELTZMAN, Sam (1976) "Toward a More General Theory of Regulation" in *The Journal of Law and Economics* 19, n. 2, 211-40;
- PITOFTSKY, John (1979) "The Political Content of Antitrust" in *University of Pensylvania Law Review* 127, 1051;
- POSNER, Richard A. (1976) *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press;
- STIGLER, George J. (1971) "The Theory of Economic Regulation" in *Bell Journal of Economics and Management Science* 2, n. 1, 1-21;
- WILLIAMSON, Oliver (1993) "Transaction Cost Economics & Organizational Theory" in *Industrial and Corporate Change* 2:2, 107-155;
- _____, (1989) "Comments on the Political Economy of Antitrust" in *Antitrust Economics*, Cambridge MA, Basil Blackwell;
- _____, (1979) "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations" in *Journal of Law and Economics* 22, 233-261;
- _____, (1992) "Antitrust Lenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning" in Jorde, Thomas and Teece, David *Antitrust, Innovation and Competitiveness* 137-164, Oxford University Press;