

Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste*

Robert H. Lande**

1. A ascensão da eficiência econômica. 1.1 O conceito “construcionista estrito” de Bork na historiografia legislativa. 1.2 Argumentos sobre a administrabilidade. 1.3 A Administração Reagan adota a eficiência. 1.4 A Suprema Corte adota parcialmente a eficiência. 2 A “contra-revolução” começa. 2.1 Analisando a historiografia legislativa corretamente. 2.2 Triângulos e retângulos desembarrados. 2.3 Contra-argumentos da administrabilidade. 3. O início do declínio da eficiência. 3.1 A “contra-revolução” ganha força. 3.2 A frente não mais unânime da Administração Reagan. 4. O futuro.

A política antitruste não pode ser justa até que sejamos capazes de darmos uma resposta segura à questão: Qual é a essência da lei - quais são suas metas? Tudo o mais se seguirá a resposta que oferecermos. R. Bork, “*The Antitrust Paradox*” em 50 (1978)

O debate sobre as legítimas metas do antitruste é constante e suas resoluções práticas influenciadas pela política. A resposta freqüentemente dada no passado, e particularmente durante a era da “Corte de Warren” (“Warren Court”) quando se colocava toda a ênfase em fatores sociais e políticos, contrasta nitidamente com o conceito unânime durante a Administração Reagan de que somente a eficiência econômica conta. Já que os antitruste se movimentam em ciclos, uma natural questão surge — o antitruste continuará baseado na fundação da eficiência, voltará à velha perspectiva social e política, ou adotará uma terceira concepção de seu próprio rumo?

* Tradução do original inglês efetuado pelo Escritório de Traduções Aildasani, de São Paulo-SP.

** Nota do Autor: Estou imensamente agradecido a Alan Fisher, Ernest Gellhorn, Douglas Ginsburg, John Kirkwood, William Kovacic, James Ponsoldt, Steven Salop e Joe Sims por seus comentários extremamente valiosos: Também agradeço o excelente auxílio de pesquisa de Anita Purcell de Conrad Sump.

Neste artigo traçaremos a gênese do enfoque da eficiência (“efficiency approach”) do antitruste e tentaremos predizer seu futuro. Embora o enfoque da eficiência tenha triunfado sobre o conceito social e político através de uma articulação hábil e uma promessa de realização e previsibilidade superiores, é igualmente provável que ele seja substituído, por um padrão de “preço aos consumidores” ou “transferência de riqueza” (“wealth transfer”). Este novo enfoque afirma que as leis antitruste foram aprovadas para dar aos consumidores o direito de comprar mercadorias com preços competitivos.¹ Condena o uso de poder de mercado para elevar artificialmente os preços e pressiona para que as leis antitruste sejam destinadas a prevenir que os consumidores sejam explorados por empresas com poder de mercado. Aos consumidores, não aos cartéis, sejam dados os frutos do capitalismo. Este artigo afirma que o enfoque da transferência de riqueza está começando a substituir o padrão de eficiência e eventualmente sucederá ao sentimento populista Parlamentar de realização de uma forma administrável e previsível.

1. A ascensão da eficiência econômica

1.1 O conceito “construcionista estrito” de Bork da historiografia legislativa

O conceito de metas das leis antitruste que prevaleceram quase universalmente até a menos de uma geração atrás foi decididamente populista. Várias metas sociais e políticas foram consideradas importantes pelos autores das leis antitruste. Estas incluíam a prevenção da concentração industrial², a redução da influência política de grandes empresas e promoção da liberdade individual³, a promoção de pequenos negócios e a criação de oportunidades empresariais.⁴ O conceito social e político manteve-se no palco central até o advento da Administração Reagan,⁵ e parece ter expirado somente sob a administração do

1 Neste artigo argumentaremos que o Congresso, ao aprovar leis antitruste, auxiliou na definição do direito de propriedade que hoje denominamos “excesso de consumidores” (“consumers surplus”) e concedeu este direito de propriedade aos consumidores. O Congresso condenou o recebimento não compensado deste direito de propriedade por empresas com poder de mercado.

2 ARNOLD “The Economic Purpose of the Antitrust Laws”, 26 Miss. L. J. 207, 207-08 (1955).

3 Ver, e.g., Blake & Jones, *In Defense of Antitrust*, 65 COLUM.L. REV. 377, 377-82 (1965).

4 *Id.* em 382-84; Elzinga, *The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, Wath Else Count?* 125U. Pa. L. Rev. 1191 (1977).

5 Muitos acadêmicos antitruste moderados e liberais começaram a mudar a orientação social e política bem antes de 1980. Muitos políticos, “enforcers” (N.T.: “Enforcer” = aquele que impõe, força ou compele à execução) e juizes antitruste eram, entretanto, um pouco mais lentos em confiar completamente nas análises econômicas.

Presidente Pertschuk, Chefe da Câmara de Comércio Federal durante a Administração Carter.⁶

Poucos especialistas antitrustes acreditam que o antitruste volte ao enfoque da Corte de Warren amplamente baseado no interesse social e político.⁷ Há hoje um consenso de que este tipo de antitruste era igualmente muito intervencionista. Além dos padrões independentes excessivamente estritos, o excesso inclui problemas práticos que inevitavelmente surgem da realização de uma orientação político-social relativamente amorfa. Estes problemas ajudaram a fazer o mundo antitruste receptivo a uma alternativa mais conservadora que promete realização superior, clareza e previsibilidade.

Se um trabalho acadêmico se destacava dos outros por crédito no lançamento do conceito orientado pela eficiência do antitruste este seria seguramente o original artigo de 1966 do (então) Professor Robert Bork⁸, os fundamentos tanto de sua própria obra-prima⁹ de 1978 quanto de conceitos de outros especialistas conservadores de menor reputação.¹⁰ Bork afirmava que sua análise era um conceito construcionista estrito da historiografia legislativa da Lei Sherman. Em um texto extenso, cheio de notas de rodapé ele desenvolveu o argumento de que os autores originais da Lei Sherman tinham uma única intenção: aumentar a eficiência econômica. Bork argumentou que “toda tarefa

6 Ver, por exemplo, M. Pertschuk, Chairman, Federal Trade Commission, Remarks at The Eleventh New England Antitrust Conference. Boston Massachusetts 10 (18 de novembro de 1977):

Embora as considerações sobre eficiência sejam importantes, somente elas não ditarão a política de concorrência. As políticas de concorrência precisam muitas vezes escolher entre a maior eficiência, que pode trazer com ela a promessa de preços mais baixos, e outros objetivos sociais, tais como a dissipação do poder, que pode resultar em preços marginalmente mais altos. Em 1977, nenhuma política de concorrência responsiva pode negligenciar os danos sociais e ambientais produzidos igualmente por produtos mal recebidos pelo mercado: diminuição de recursos, desperdício de energia, contaminação do meio ambiente, alienação do trabalhador, as consequências psicológicas e sociais de demandas estimuladas pelo “marketing”.

7 Ver, e.g., fontes citadas em Fox, *The Modernization of the Antitrust: A New Equilibrium*, 66 CORNELL L. REV. 1140 (1981).

8 BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 J. L. & ECON. 7 (1966). Para uma análise mais completa sobre as conclusões da historiografia legislativa de Bork, ver Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L. J. 65 (1982).

9 R. BORK, *The Antitrust Paradox*, (1978).

10 Por exemplo, R. Posner, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE 8-23 (1976) não empreendeu uma análise detalhada da historiografia legislativa das Leis Sherman. Ele ao invés aprovativamente citou Bork para argumentar que o Congresso pretendia que somente a eficiência econômica exercia um papel no antitruste. Para outros exemplos, ver Lande, nota 8 *supra*, em 67-69. Além disso, Posner acredita que lucros de monopólios não podem existir; o que de outra forma seria a transferência pode ser transformada em ineficiência através do comportamento “rent-seeking” (N.T.: procura de renda proveniente de aluguéis). Se ele estiver certo, os enfoques de transferência de riqueza e eficiência do antitruste são similares ou idênticos.

do antitruste pode ser resumida como o esforço para melhorar a eficiência distributiva sem enfraquecimento da eficiência produtiva de forma tão ampla a não produzir ganhos ou perdas líquidas na riqueza do consumidor.”¹¹ Bork afirmou outrossim que não houve “nem uma centelha de apoio” na historiografia legislativa da lei para “mandatos sociais, políticos e éticos amplos”¹² Bork rejeitou explicitamente questões distributivas (ou seja, transferência de riqueza) como uma área possível de interesse parlamentar: “Parece claro que os efeitos da distribuição de renda na atividade econômica seriam completamente excluídos da determinação da legalidade antitruste da atividade. Pode ser suficiente observar que a mudança na distribuição de renda não reduz a riqueza total. ...”¹³

Bork desenvolveu sua argumentação através de uma análise detalhada dos de os enfoques de bates legislativos de 1890. Ele aponta dúzias de declarações revelando o interesse parlamentar prevalecente de que trustes e algumas outras formas de negócios adquiririam poder de monopólio (ou de mercado) que lhes daria a capacidade de elevar os preços e restringir a produção artificialmente.¹⁴ Bork teceu estas citações dentro de um caso convincente de que este interesse preocupou o Congresso.¹⁵ Ele usou então análises econômicas modernas para explicar como o poder do monopólio dirigindo preços mais altos aos consumidores pode produzir uma forma de ineficiência econômica designada “ineficiência distributiva.” (“allocative inefficiency”)¹⁶ (A explicação do porque os preços monopolizados produzem ineficiência distributiva, uma redução da riqueza total da sociedade, é extremamente complexa.)¹⁷ Bork

11 R. BORK, nota 9 *supra*, em 91.

12 BORK, nota 8 *supra*, em 10.

13 BORK, nota 9 *supra*, em 111.

14 BORK, nota 8 *supra*, *passim*. Por exemplo, o Senador Sherman pede que o Congresso proteja o público dos trustes que “impedem o comércio, desviam seu curso natural, aumentam o preço dos produtos, e consequentemente degradam o valor do comércio.” 21 Cong. Rec. 2462 (1890). Sherman também declarou: “O único objetivo de tal combinação é fazer a concorrência impossível. Ela pode controlar o mercado, elevar ou abaixar os preços, bem como promoverá seus principais interesses egoístas. ... O motivo dominante é o aumento dos lucros das partes que os compõe. A lei do egoísmo, não controlada pela concorrência, a compele a desconsiderar o consumidor. ... quando abarca o grande corpo de todas as emrpesas engajadas em uma indústria particular em todos os Estados da União, tende a aumentar o preço ao consumidor de qualquer artigo produzido.” *Id.* em 2457.

15 BORK, nota 8 *supra*, *passim*.

16 *Id.*

17 Para aumentar o preço, o monopólio reduz a produção a partir do nível competitivo. As mercadorias não são mais vendidas a supostos compradores pelo maior preço que custariam à sociedade para produzir. Esta produção anterior de mercadorias de preço maior do que seu custo é mera perda social e constitui a “ineficiência distributiva” do monopólio. Por exemplo, suponha que um acessório custe \$1,00 no mercado competitivo (seu custo de produção mais um lucro competitivo). Suponha que um monopólio o venda por \$2,00. O comprador potencial que estivesse disposto a pagar até \$1,50, não o compraria no

argumentou que já que agora “sabemos” que o “único” prejuízo à “riqueza do consumidor” a partir de preços mais altos é a ineficiência econômica, o desagrado Parlamentar com o poder do mercado pode ser razoavelmente comparado com o interesse sobre a eficiência econômica. Ele então apresentou um menor, embora ainda significativo, número de citações que manifesta um desejo Parlamentar de preservar e aumentar a eficiência produtiva da empresa.¹⁸ Com base nesta evidência, Bork concluiu que as leis antitruste conglomeraram somente o interesse da “riqueza do consumidor” que ele compara com a “maximização da riqueza ou satisfação da necessidade do consumidor”¹⁹ e eficiência agregada de nossa economia.²⁰

Note-se a sutil e ainda crucial mudança de terminologia. Bork usou “riqueza do consumidor” como um termo da arte Orwelliana que tem pouca ou nenhuma relação com a riqueza dos verdadeiros consumidores!²¹ Seu desejo de maximizar a “riqueza do consumidor” (que ele define como eficiência econômica) não traz consigo nenhuma preocupação com a riqueza extraída dos consumidores e transferida às empresas com poder de mercado como um resultado de preços mais altos derivados do cartel ou outro comportamento proibido. Bork definiu portanto “consumidores” para incluir monopolistas e cartéis.²² O antitruste baseado nesta definição de “riqueza do consumidor” não faz qualquer distinção entre consumidores “reais” — os compradores de mercadorias e serviços — e as empresas com poder de mercado que aumentam os preços e portanto extraem riqueza dos compradores. Preços mais altos aos consumidores são bons para Bork contanto que o monopolista ou o cartel produza mais eficiência. De fato, os únicos “consumidores” que realmente se beneficiarão do regime de Bork são os monopolistas e cartéis.²³

nível de \$2,00. Já que o mercado competitivo lhes teria vendido os acessórios por menos do que estava valendo para ele, a produção reduzida pelo monopolista diminui a satisfação do consumidor sem produzir qualquer benefício de compensação para ninguém. Esta pura perda é denominada “ineficiência distributiva”. Para uma discussão mais extensa e prova formal de que o preço do monopólio cria a ineficiência distributiva, ver E. MANSFIELD, MICROECONOMICS: THEORY AND APPLICATIONS 277-92 (4TH ED. 1982).

18 BORK, nota 8 *supra*, em 26-31.

19 BORK, nota 8 *supra*, em 7.

20 BORK, nota 9 *supra*, em 91.

21 Bork não inventou o termo mas o escolheu das opções disponíveis.

22 Estou em dívida com o Professor Salop por esta e outras articulações relacionadas a este conceito.

23 Estou em dívida com John Kirkwood por esta formulação. Ele observa que no sentido técnico a “riqueza do consumidor” aumentou mas que os cartéis e monopolistas adquiriram todo este aumento. Na situação de “troca” (“tradeoff”) clássica os “verdadeiros” consumidores não ganham nada dos benefícios de eficiência, absorvem algumas perdas de ineficiência distributiva e têm seu excedente extraído por empresas com poder de mercado.

A opinião de que eficiência econômica seria o único valor que conta na análise antitruste foi rapidamente adotada pelo conjunto da Escola de Chicago²⁴ bem como por muitos analistas antitruste “moderados” importantes.²⁵ Embora esta opinião tenha feito partidários por mais de uma década,²⁶ não foi realmente realizada até a eleição do Presidente Reagan.

1.2 Argumentos sobre a administrabilidade

O argumento de Bork de que somente um enfoque de eficiência no antitruste é claro e previsível nos negócios, conquistou também muitos convertidos à escola da eficiência. Mesmo muitos daqueles que suspeitaram fortemente que o Congresso pode ter planejado as leis antitruste para abarcar mais tinham que admitir que a escola social e política do antitruste estava extremamente difícil de administrar.²⁷ Recentemente Bork levou sua afirmação de possibilidade de administração superior muito além; ele argumentou que os tribunais não podem incluir valores além da eficiência econômica na análise antitruste “sem engajar-se numa tarefa que é tão irrestritamente legislativa que seria inconstitucional.”²⁸

Como um assunto prático Bork admitiu que para equilibrar verdadeiramente os triângulos e retângulos que inevitavelmente surgem de uma análise baseada na eficiência era impossível uma base caso-por-caso.²⁹ Mas ele afir-

24 Ver fontes citadas na nota 10 *supra*. Naturalmente, alguns podem ter adotado a crença de que o antitruste estaria baseado inteiramente na eficiência por razões tendo pouca ou nenhuma relação com a análise da historiografia legislativa de Bork.

25 Ver, e.g., 4 P. AREEDA & D. TURNER, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* 149, n. 2 (1980).

26 Outros marcos no debate incluíram dois simpósios: *Antitrust Jurisprudence: A Symposium on the Economic, Political and Social Goals of Antitrust Policy*, 125 U. PA. L. REV. 1182 (1977); *The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy*, 65 COLUM. L. REV. 363 (1965). A “Airlie House Conference” 1973 também exerceu muita influência. A opinião de Chicago orientada à eficiência triunfou amplamente sobre a opinião político-social em todas as três ocasiões.

27 Considerando o compromisso de um negócio honesto e agressivo operando sob o regime antitruste do “grande é mau, pequeno é bom”. Que fusões poderiam ser legalmente empreendidas? Que restrições verticais ou decisões sobre preço poderiam ser realizadas? Quais seriam as normas sob as quais julgáramos sua conduta? Um enfoque de eficiência levado a cabo através das normas, tal como claramente designado pelas diretrizes de fusão (mas não a análise relativamente sem princípios conduzida na Administração Reagan) seria de fato mais aproveitável do que um enfoque “grande é mau, pequeno é bom”.

28 Bork, *The Role of the Courts in Applying Economics*, 54 ANTITRUST L. J. 21. 24 (1985).

29 Bork forneceu o seguinte resumo do que uma análise da eficiência caso por caso em uma fusão horizontal envolveria realmente:

A mensuração cuidadosa sofrível da situação atual [incluindo uma estimativa das perdas de eficiências e peso próprio (“deadweight”)] não é uma possibilidade teórica; muito menos há qualquer esperança de atingir uma estimativa correta da situação hipotética. Considerando dois dos fatores que teriam que ser conhecidos: a curva de demanda sobre todas as variações relevantes possíveis de produção e a curva

mou que somente normas baseadas na eficiência econômica podem conduzir à “tomada de decisão” (“decisionmaking”) antitruste previsível. Evitando os debates infundáveis e imprecisos sobre “como o grande é tão grande,” “como o pequeno é bom” ou “quanto mais pagarão os consumidores para prevenir o gigantismo e/ou preservar o nanismo,” o ponto de vista da eficiência do antitruste com sua indagação única ofereceu a promessa de transparência e previsibilidade. Sob este enfoque aqueles que tomam as decisões (“decision-makers”) foram encarregados de imaginar, pelo menos como um assunto teórico, os triângulos e retângulos aplicáveis, e então esboçar as normas que implicitamente os incorporaria. (Baxter de forma similar tem afirmado que a “eficiência econômica fornece somente o padrão aproveitável do qual derivar as normas operacionais e pelo qual a efetividade dessas normas possam ser julgadas.”³⁰) Mesmo aqueles cujos instintos lhes dizia que alguma coisa estava errada com a análise de Bork da historiografia legislativa estavam compreensivelmente ofuscados pela economia e acharam difícil responder aos argumentos de “administrabilidade” (“administrability”) de Bork.

As reivindicações de “administrabilidade” podem ter ganhos mais convertidos do que acreditava aquele Congresso em 1890 preocupado somente com a eficiência econômica. Talvez o que tenha prevalecido na mente da maioria dos observadores foi, de fato, o seguinte: É claro que em 1890 o Congresso estava interessado no aumento de preços como um resultado do poder de mercado, e é claro que preços mais altos conduz à ineficiência econômica. Já que a eficiência econômica é muito mais fácil de realizar do que uma política “grande é mau, pequeno é bom”, vamos escolher o que parece ser o ponto de vista plausível da historiografia legislativa já que conduz à realização máxima previsível.

Concernente à situação então existente, o padrão de eficiência trazia a promessa de transparência e previsibilidade. Tudo o que aqueles que tomavam decisões tinham a fazer era averiguar e equilibrar “crises”, esclarecer triângulos e retângulos que facilmente (?) podiam ser previstos antecipadamente pelas partes afetadas. Bork (e outros) reconheceram, além do mais, que já que raramente

do custo marginal sobre essas mesmas variações. Somente conhecendo a interseção do custo e da demanda poderia se saber se houve uma restrição da produção e que tamanho ela tinha. Ninguém conhece essas curvas. Nem mesmo as empresas envolvidas. ...

Há uma boa razão pela qual as empresas não sabem essas coisas, e é a mesma razão pela qual elas não podem ser conhecidas através de um processo antitruste. A curva de demanda não é conhecida porque muda continuamente e porque a empresa não está constantemente demarcando-a através do curso para cima e para baixo de seus preços. A tentativa de fazer isso poderiatrazer uma contribuição mínima à ciência, mas uma pesquisa realmente subvencionada seria necessária, já que as perdas incorridas na tentativa de uma grande empresa poderia trazer sérias transgressões aos recursos da mesma Fundação Ford. R. BORK, nota 9 *supra*, em 125-26.

30 Baxter, *Responding to the Reaction: The Draftman's View*, 71 CALIF. L. REV. 618, 621 (1983) (“Draftman's View”).

na prática poderíamos prever com precisão ou medir as apropriadas eficiências e ineficiências, para aumentar a “administrabilidade” e previsibilidade, realizaríamos o enfoque da eficiência através de normas, não caso-por-caso das “trocas” (“tradeoffs”). Portanto, por exemplo, Bork³¹ (como Posner)³² acredita que as fusões deveriam ser avaliadas somente em termos dos efeitos de sua eficiência, porém não permitiria uma defesa das eficiências. Seus enfoques das fusões dão origem tanto à ineficiência distributiva de preços mais altos como ganhos da eficiência produtiva, por exemplo, a economia de escala, seria acertar a diretriz do limiar da fusão no nível calculado para permitir maior eficiência produtiva e prevenir maiores perdas de ineficiência distributiva. Eles levariam a cabo implicitamente o poder de mercado/eficiências da troca (“tradeoff”), mas não têm uma defesa explícita das eficiências caso-por-caso.³³ Seus enfoques da eficiência seriam então realizados através de normas relativamente claras que otimizariam o planejamento dos negócios e a administração judicial.

1.3 A Administração Reagan adota a Eficiência

Não é nada surpreendente que as primeiras escolhas do Presidente Reagan para dirigir as agências de execução antitruste tenham adotado o padrão de eficiência. A primeira administração do Procurador Público Assistente para Antitruste, William Baxter, foi sucinta e clara: “A única meta do antitruste é a eficiência econômica.”³⁴ Assim foi a de seu sucessor, Paul McGrath.³⁵ Esta opinião também foi adotada por James C. Miller III, primeiro Presidente da Câmara de Comércio Federal de Reagan, mais espetacularmente no caso *Allied Corp.*³⁶

O Allied parece ter sido o primeiro caso antitruste no qual as diferenças entre a eficiência e os enfoques sobre os preços do antitruste foram claramente articulados e foram essenciais à decisão de execução.³⁷ O *Allied* envolveu uma fusão que teria ampliado a Herfindahl-Hirschman Index (HHI) em vários

31 BORK, nota 9 *supra*, em 221-22.

32 R. POSNER, ANTITRUST LAW; AN ECONOMIC PERSPECTIVE 112 (1976).

33 R. BORK, nota 9 *supra*, em 221-22; R. Posner, nota 10 *supra*.

34 Taylor, A Talk With Antitrust Chief William Baxter, Wall St. J. 04 de Março de 1982, em 28, col. 3. Baxter declarou também: “A premissa fundamental de nosso sistema econômico é que o mercado livre alcance a maior eficiência possível na distribuição de recursos e portanto permitindo o máximo de produtividade. ... Um de meus principais objetivos desde que me liguei ao Departamento tem sido procurar assegurar que as leis antitruste sejam executadas e interpretadas para alcançar aquela meta.” Productivity in the American Economy, 1982: Hearings Before the Subcomm. em Employment and Productivity of the Senate Comm. em Labor and Human Resources, 97º Cong. 2ª Ses. 478 (1982) (declaração de William F. Baxter, Procurador Público Assistente; Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos EUA); Draftman’s View, nota 30 *supra*, em 619-20; *Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the ‘Common Law’ Nature of Antitrust Law*, 60 TEXAS L. REV. 661, 691-93 (1982).

35 McGrath, *Statement of Mr. McGrath*, 54 ANTITRUSTE L. J. 131, 131 (1985).

36 *In re Allied Corp.*, Arquivo FTC Nº 8110191 (08 de dezembro de 1982) (“Allied”).

37 Esta consideração do *Allied* foi tomada da FTC: WATCH, Pub. Nº 158, “Cost-Benefit Analysis, Miller Style,” 1-5 (04 de janeiro de 1983).

mercados de ácido industrial, de 416 para 4.026 (cifra que normalmente sugeriria um cartel). O economista da FTC ("Câmara de Comércio Federal") designado para o caso, o Dr. Kenneth Kelly, argumentou que mesmo se a fusão conduzisse a um aumento de preço de 10% nos mercados afetados (uma estimativa generosa à luz dos fatos) seria improvável que a fusão conduzisse a qualquer ineficiência já que a demanda por ácidos era completamente destituída de elasticidade (*i.e.* mesmo se o preço atingisse 10%, a quantidade vendida não diminuiria).³⁸ Portanto, a elevação do preço em 10% induziria "somente" uma transferência de riqueza dos consumidores dos produtos aos produtores de ácidos industriais, um negócio que Kelly (seguindo na direção de Bork) considerou irrelevante. Além disso, haveria algumas ineficiências criadas se a Câmara forçasse a empresa a aceitar uma ordem de acordo mandando que a Allied renunciasse ("divest") aos ativos afetados. Estes custos incluíam taxas de corretagem e custos de condescendência da FTC e privados. A análise da Divisão de Economia concluiu que já que qualquer transferência monetária resultante dos consumidores de produtos a seus produtores era irrelevante, e já que a ordem de renúncia ("divestiture") causaria ineficiência, a fusão seria aprovada mesmo admitindo que os preços seriam elevados em 10%.³⁹

As questões do *Allied* podem ser ilustradas pela versão do famoso diagrama do Professor Williamson.⁴⁰ A elevação do preço a partir do nível competitivo (Pc) ao nível de monopólio (Pm) normalmente produz tanto ineficiência econômica (triângulo I) quanto transferência de riqueza dos consumidores à empresa com poder de mercado (retângulo T). A eficiência produtiva ganha a partir da fusão rebaixaria os custos da empresa, a partir do PC em declive à linha tracejada mais baixa, resultando em economia de eficiência assinalada com E. No caso *Allied*, a área I era praticamente inexistente — já que a demanda não tinha elasticidade dentro da variação relevante, a curva da demanda era vertical. Se a transferência de riqueza dos consumidores à empresa fundida, área T, não era considerada, os benefícios da eficiência produtiva a partir da permissão a fusão delegaria sua aprovação.

O Presidente Miller votou somente endossando a recomendação baseada na eficiência para não instaurar processos. Ele denominou quaisquer sobrecargas de monopólio meras "transferências de rendas" que não deveriam ser um fator dentro da análise de execução. A decisão de Miller pode ter sido influen-

38 Id.

39 A recente análise de Kelly foi endossada pelo Diretor da Divisão de Economia, Dr. Robert Tollison. Tollison também não considerou os efeitos de transferência de riqueza da fusão. Ver 43 ANTITRUST & TRADE REG. REP. (BNA) 1061 (09 de dezembro de 1982).

40 Williamson apresentou sua análise primeiramente no *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58 AM. ECON. REV. 18 (1968).

ciada por um artigo do Professor Timothy Muris (Diretor da Divisão de Concorrência depois de Miller) que estava precisamente no auge. Muris argumentava que somente a eficiência deveria ser considerada na análise da fusão e que uma fusão produzindo um aumento líquido da eficiência seria permitida mesmo se ela conduzisse a preços significativamente mais altos aos consumidores por um significativo período de tempo.⁴¹

Os Delegados nomeados pelo Presidente Carter discordaram. Todos votaram na aceitação da proposta que incluía renúncia aos ativos comprometidos. Compreenderam claramente as diferenças entre a eficiência e os enfoques de extração de riqueza; o Delegado Clanton, juntamente com os Delegados Bailey e Pertschuk, concluíram que “prevenir essas transferências é uma das metas das leis antitruste.”⁴²

Uma outra ilustração da franqueza da administração Reagan pode ser encontrada no DOJ de 1985 “Vertical Restraints Guidelines”.⁴³ Em suas seções, nas listas de uniões (“tying lists”), consta um grande número de razões pelas quais a união (“tying”) pode ser pró-competitiva, mas não reconhece a circunstância sob a qual as práticas puramente privadas de união, mesmo de um cartel ou monopólio poderia ser sempre anticompetitiva.⁴⁴ Uma inevitavelmente deixa esta seção, a mais ilógica das Diretrizes, surpreendendo porque ela não é considerada união legal por si. A explicação para esse enfoque indubitavelmente repousa no desejo do Departamento de comparar “anticompetitivo” com “ineficiente”; i.e., seu desejo de realizar a opinião de que a única preocupação do antitruste é a eficiência. As viseiras ideológicas do Departamento devem tê-los levado a interpretar mal ou ignorar a união padrão demonstrada no *Jefferson Parish Hospital District N° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984 (“Hyde”).⁴⁵ *Este caso pode ser melhor explicado como condenando algumas instâncias de união devido aos efeitos da transferência de riqueza.*⁴⁶

41 Muris apresentou uma análise detalhada da historiografia legislativa da Lei Celler-Kefauver e argumentou que o Congresso pretendia que as fusões fossem avaliadas somente em termos de eficiência. Ver Muris, *The Efficiency Defense Under Section 7 of the Clayton Act*, 30 CASE W. RES. L. REV. 381, 393-402. Para a refutação ponto por ponto da análise de Muris, ver Lande, nota 8 *supra*, em 132 n. 258.

42 FTC: WATCH, nota 37 *supra*, em 3.

43 Ver Departamento de Justiça dos EUA, “Vertical Distribution Restraints Guidelines”, 050 Fed. Reg. 6263 (1985).

44 *Id.* na Sec. 5.

45 A *Hyde* envolveu um contrato entre uma empresa de anestesiológicos e um hospital requerendo que todos os serviços de anestesia aos pacientes do hospital fossem realizados por essa empresa. Um anestesiológico concorrente tentou obter privilégios no desempenho da profissão no hospital que lhe foram negados com base no contrato. Para uma discussão mais detalhada ver Sims, “‘Monsanto’, ‘Hyde Rulings Put Baxter Slightly Ahead’”, *Letal Times*, 16 de abril de 1984, em 14.

46 Para uma análise mais completa dos sistemas de união usando tanto a transferência de riqueza quanto o

Contudo a opinião majoritária em *Hyde* certamente apreciou o valor dos sistemas de união eficientes,⁴⁷ lamentou que eles também “possam ser usados como artifício contábil para influenciar a discriminação de preço, e possam ser usados para impor uma linha completa de produtos ao consumidor assim como para extrair mais facilmente dele um retorno monopolista em um único produto em linha”.⁴⁸ As uniões foram mantidas para serem anticompetitivas já que “podem aumentar os custos sociais do poder de mercado pela facilitação da discriminação de preços, desse modo aumentando os lucros do monopólio acima do que eles seriam se não houvesse união....”⁴⁹ O tribunal explicou como a união anticompetitiva pode conduzir a extrações indesejáveis de riqueza pela empresa com poder de mercado: “As vendas do item da união podem ser usadas para medir a demanda do mesmo; compradores com grandes necessidades do item da união fazem grandes compras e precisa de fato pagar um preço mais alto para obtê-lo.”⁵⁰

Enquanto as opiniões de cinco Juizes podem ser melhor explicadas em termos de transferência de riqueza, o parecer coincidente de O'Connor está próximo (“close”) da análise pura da Escola de Chicago. Este parecer ignora completamente a batalha produtor-consumidor, mantendo que a questão relevante é se a união pode causar sempre ineficiência. Argumenta que isto raramente ocorre⁵¹ e que mesmo nestas circunstâncias improváveis as ineficiências da união devem ser comparadas contra quaisquer benefícios econômicos.⁵² Condenou a “exploração dos consumidores”⁵³ e o “aumento [no] do lucro que pode extrair dos ... consumidores. ...”⁵⁴ as empresas unidas. O parecer, entretanto, manteve que mesmo o uso da união para discriminação do preço não é necessariamente indesejável⁵⁵ e enfocou amplamente as eficiências potenciais e ineficiências criadas pelos sistemas de união.⁵⁶ Citada

critério de eficiência, ver R. Lande, “Untangling Tying” (1988) (manuscrito não publicado) (minuta).

47 “A base da convicção de que a melhor economia livre promove a prosperidade pública é — [a suposição] de que o público, agindo através do julgamento pessoal do mercado, deverá distribuir os recursos da Nação.

48 *Hyde* em 13, n. 19 (citando *Fortner Enterprises v. United States Steel Corp.*, 394 U. S. 495, 512 (1968) (parecer dissidente) (notas de rodapé omitidas).

49 *Hyde* em 14 (citando *United States Steel v. Fortner Enterprises*, 429 U. S. 610, 617 (1977).

50 *Id.* em 15, n. 23.

51 *Id.* em 36-37 (O'Connor, J. coincidente).

52 *Id.* em 40-41.

53 *Id.* em 35.

54 *Id.* em 36.

55 *Id.* em 36 n. 4.

56 “Uma venda casada (“tie-in”) [NT: tie-in = venda na qual dois ou mais artigos, um dos quais é comumente escasso ou tem demanda, são oferecidos em combinação, e que não podem ser vendidos separadamente] somente seria condenada quando seu impacto anticompetitivo excedesse sua

primeiramente no trabalho de Bork⁵⁷ e por outros especialistas da Escola de Chicago.⁵⁸

Portanto, as opiniões da maioria dos executores antitruste da administração Reagan, bem como as opiniões de muitos juizes nomeados por Reagan, são claras e nítidas. Mas embora a Suprema Corte venha se tornando receptiva de modo crescente ao uso da análise econômica nas análises antitruste, nunca tem aceito a sugestão da administração para confinar o antitruste nas considerações de eficiência.

1.4 A Suprema Corte adota parcialmente a eficiência

A Lei Sherman ... permanece na premissa de que a interação irrestrita das forças competitivas produzirão a melhor distribuição dos

A Suprema Corte tem repetidamente declarado que quando da aprovação das leis antitruste, o "Congresso estava travando relações com a concorrência, que procurava proteger, e o monopólio, que procurava prevenir."⁵⁹ Até agora, a Corte raramente tem tido a necessidade de declarar precisamente que "concorrência" adota. Embora haja casos antigos que estão relativamente explicitados,⁶⁰ somente há uma preocupação específica com a eficiência desde o parecer marco em *Continental T. V. Inc. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977) que conseqüentemente estava na vanguarda da análise antitruste da Suprema Corte.⁶¹ Este caso foi imediatamente seguido por *Broadc Inc. v. Columbia*

contribuição à eficiência." *Id.* em 42.

57 *Id.* em 36.

58 Por exemplo, O'Connor cita Landes & Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937, 954 (1981) em 37 n. 7. e Bowman, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 YALE L. J. 19, 21-23 (1957) em 39 n. 9.

59 *Standard Oil v. Federal Trade Commission*, 340 U.S. 231, 248-49 (1951) (citando *A.E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135F. 2d453 (7th Cir. 1943)).

60 Por exemplo, em *Northern Pacif Ry v. United States*, 356 U.S. 1,4 (1958), a corte declarou: *A Lei Sherman ... permanece na premissa de que a interação irrestrita das forças competitivas produzirão a melhor distribuição dos recursos de nossa economia, os preços mais baixos, a melhor qualidade e o maior progresso material, enquanto ao mesmo tempo proporcionará um meio ambiente conducente à preservação de nossa política e instituições sociais democráticas. Ver também United States v. E. I. Du Pont de Nemours Co.*, 351 U.S. 377, 386 (1956) ("Um tamanho considerável quase sempre é essencial para uma operação eficiente na pesquisa, fabricação e distribuição"); *Connel Constr. Co. v. Plumbers & Steamfitters Local 100*, 421 U.S. 616, 623 (1975) ("A concorrência baseada na eficiência é um valor positivo que as leis antitruste se esforçam em proteger").

61 Em *Sylvania* a Corte mudou o padrão de análise por restrições verticais sem preço a partir da ilegalidade por si para a norma de razão ampla devido às eficiências que elas geraram. A corte observou que embora as restrições verticais possam reduzir a concorrência a diversas formas:

As restrições verticais promovem a concorrência entre marcas permitindo ao fabricante alcançar determinadas eficiências na distribuição de seus produtos. Estas "virtudes redentoras" estão implícitas

Broadcasting System Inc., 441 U.S. (1978) (“*BMP*”) e outros.⁶² Além disso, em *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, o Magistrado Chefe Burger declarou que os debates legislativos da Lei Sherman “sugerem que o Congresso designe a Lei Sherman como uma ‘prescrição de riqueza do consumidor’ ” (citando R. Bork, *The Antitrust Paradox* 66 (1978)).⁶³ Naturalmente, Bork afirmou que a “prescrição de riqueza do consumidor” incorporada às leis antitruste está limitada à relação com a eficiência econômica.⁶⁴

Como as subseqüentes discussões da Corte deixou claro, entretanto, ela quase certamente não tinha consciência de que “a riqueza do consumidor”, como Bork a define, tem pouco ou nada a ver com a riqueza dos consumidores. Além disso, *Reiter* conclui que as leis antitruste contêm metas de transferência de riqueza e uma forte preferência pelos consumidores:

É no interesse comercial integral dos compradores de mercadorias e serviços a varejo de obter os preços mais baixos possíveis dentro da estrutura de nosso sistema de empresa privada competitiva. ... Aqui, quando uma requerente alega uma política de destituição injusta de seu dinheiro porque o preço do audífono que ela comprou estava artificialmente aumentado em razão de comportamento anticompetitivo dos réus, ela alegou um dano à sua ‘propriedade’. ... [O remédio de “tríplice-danos” (“treble-damages”) foi passado]

em cada decisão que sustente as restrições verticais sob a norma da razão. Os economistas têm identificado várias formas nas quais os fabricantes podem usar essas restrições para competir com maior efetividade com os outros fabricantes. *Id.* em 54-55.

62 A *BMI* justificou uma cláusula de cobertura (“blanket”) de licenciamento porque ela “reduz custos” (*id.* em 21), “serviria a uma necessidade do mercado” (*id.* em 17 n. 27), removeria alguns custos de transação (*id.*), e porque “uma licença de grande volume (“bulk license”) de alguns tipos é uma consequência necessária da necessária integração para alcançar essas eficiências, e uma consequência necessária da licença agregada é que seu preço pode ser estabelecido.” *Id.* A Corte perguntou se o propósito da prática era: para intimidar a operação característica de nossa economia de mercado predominante livre — isto é, se a prática superficialmente parece ser aquela que tenderia sempre ou quase sempre a restringir a concorrência e diminuir a produção, ou ao invés aquela destinada a “aumentar a eficiência econômica e tornar os mercados, preferivelmente mais do que menos, competitivos” (citando *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 n. 16 (1978). *Id.* em 19-20. No *National Soc’y of Professional Eng’rs v. United States*, 435 U.S. 679 (1978), a Corte colidiu com uma regra da ética de associação anticompetitiva porque “a Lei Sherman reflete um julgamento legislativo de que a concorrência enfim produzirá não somente preços baixos, mas também mercadorias e serviços melhores.” *Id.* em 695. Em *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U.S. 389, 408 (1978), a Corte observou que “Devemos pensar em gerar o potencial de séria distorção da racional e eficiente distribuição dos recursos, e a eficiência dos mercados livres que o sistema de concorrência resumiu nas leis antitruste”. A Corte em *United States Gypsum*, 438 U.S. 422, 441 n.16 (1978, observou que uma determinada troca de informações entre concorrentes “nem sempre tem efeitos anticompetitivos; realmente essas práticas podem em certas circunstâncias aumentar a eficiência econômica e tornar os mercados preferivelmente mais do que menos competitivos.”

63 442 U.S. em 343.

64 R. Bork, nota 9 *supra*, Capítulo 2.

como um meio de proteção dos consumidores de sobrecargas resultantes da fixação de preços.⁶⁵

O parecer do Juiz O'Connor em *Hyde* demonstra que a opinião de que o antitruste somente seria relativo à eficiência econômica pode ter o mesmo número de quatro votos na Suprema Corte. Mas, atualmente, a maioria parece relutante com relação ao antitruste restrito à eficiência. Esta vista geral superficial dos casos recentes mostrou uma tendência de uma preocupação com a concorrência para uma preocupação com a eficiência que resulta da concorrência. Mas a vitória dos "Chicagoistas" não é completa.

2. A "contra-revolução" começa

2.1 Analisando a historiografia legislativa corretamente

Muitos dos antigos casos indicam que uma das finalidades das leis antitruste é prevenir a formação de poder de mercado que, quando exercido, transfere riqueza dos consumidores às empresas com poder de mercado.⁶⁶ Porém, embora muitos tenham duvidado da análise da historiografia legislativa de Bork,⁶⁷ bem mais de uma década passou antes que as conclusões de Bork fossem objetadas em detalhe.⁶⁸

Bork notou corretamente que a historiografia legislativa da Lei Sherman está repleta de preocupações com preços mais altos opondo-se aos consumidores como um resultado de preços monopolizados. Mas estava enganado de que a preocupação Parlamentar pode ser comparada completamente ao desejo de anular a ineficiência econômica. Nenhuma das citações apresentadas por Bork sugere que o Congresso estava mesmo ciente de que os preços super competi-

65 442 U. S. em 339-43. Esta linguagem concorda com as demonstrações de casos mais antigos envolvendo princípios de transferência de riqueza. Por exemplo, em *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 153 (1967), a Corte concluiu que era uma meta antitruste "proteger o público de preços enganosos de negociantes que têm o poder de monopólio. ..." Em *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 263 (1976), o Juiz White, na sentença em um parecer em separado coincidente em parte e em parte diferente, declarou que "as leis antitruste visam prevenir lucros monopolistas e fixação de preços, que logram o consumidor."

66 Ver, e.g., *Hanover Shoe v. United Shoe Machine*, 392 U.S. 481, 489 (1967); *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 486 (1976); *United States v. MacKesson & Robbins, Inc.*, 351 U.S. 305, 309 n. 9 (1956) (condenado uma "tentativa de lograr os consumidores"); *Associated General Contractors v. Carpenters*, 459 U.S. 519, 538 (1983) ("a Lei Sherman foi aprovada para assegurar aos consumidores os benefícios do preço de concorrência...").

67 Ver, e.g., Scherer, *The Posnerian Harvest: Separating Wheat From Chaff*, 86 Yale L. J. 974, 976-79 (1977) (usando o senso comum para concluir que o Congresso deve ter estado mais preocupado com a transferência de riqueza do que com a eficiência).

68 Ver Lande, nota 8 *supra*. A principal historiografia legislativa deste artigo foi tomada desta fonte.

tivos conduzem à eficiência econômica.⁶⁹ Mesmo os melhores economistas da atualidade tinham somente uma tênue compreensão deste conceito⁷⁰ e, como o conservador Prêmio Nobel George Stigler nos lembra, nenhum economista tinha qualquer efeito significativo da aprovação da Lei Sherman.⁷¹ Não surpreendentemente, as centenas de citações de Bork dos debates de 1890 falham em conter evidências de que mesmo um único Congressista sabia que preço monopolista é ineficiente. Coloca simplesmente, o Congresso não condena os trustes pela carência de eficiência.

O Congresso estava bem ciente, entretanto, de que preços mais altos transferem riqueza dos consumidores às empresas com poder de mercado. Os debates sugerem fortemente que o Congresso condenou trustes e monopólios exatamente por esta razão.⁷² Por exemplo, o Senador Sherman denominou as sobrecargas monopolistas de “extorsão que empobrece o povo” e “riqueza extorquida”.⁷³ O Congressista Coke se referiu às sobrecargas como “roubo”.⁷⁴ O Representante Heard declarou que os trustes, “sem retribuírem o mínimo equivalente”, têm “roubado incontáveis milhões do povo.”⁷⁵ O Congressista Wilson queixou-se de que um truste particular “rouba o agricultor com uma mão e o consumidor com a outra.”⁷⁶ O

69 Ver Bork, nota 8 *supra*, *passim*.

70 Scherer observou que contudo uns poucos economistas do século dezenove discutiram o que hoje denominamos eficiência distributiva na medida em que esta se relacionava à taxação e regulamentação governamental das empresas públicas:

“A noção de ‘triângulo de perda de peso próprio (‘deadweight’) de riqueza’ introduziu a parte central (‘mainstream’) da economia Anglo-Americana na primeira edição (1890) do *Principles* de Marshall (citação omitida).” Scherer, nota 67 *supra*, em 977 n. 20. Além disso, a primeira discussão rigorosa sobre eficiência distributiva não aconteceu até 1938. Hotelling, *The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates*, 6 *Econometrica* 242 (1938). Mesmo esta análise relativamente moderna não discute as implicações antitruste da ineficiência distributiva.

71 “Um cuidadoso estudante da historiografia da economia teria procurado longa e duramente, em 02 de julho de 1890, o dia em que foi assinado pelo Presidente Harrison a Lei Sherman, por qualquer economista que tivesse recomendado sempre a política da atividade combatendo o conluio ou monopolização na economia como um todo.” Stigler, *The Economists and the Problem of Monopoly*, 72 *Am. Econ. Rev.* 1, 3 (1982). O Professor Hofstadter observou que “a Lei Sherman foi estruturada e debatida na era preespecialistas, quando os economistas como grupo profissional não era diretamente consultado pelos legisladores. Mas mesmo se fossem, teriam dado um parecer confuso e duvidoso.” R. Hofstadter, *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays* 199200 (1965).

72 Este ensaio analisa somente a historiografia legislativa da Lei Sherman. Para uma análise similar da historiografia legislativa da Lei Clayton, Lei da Câmara de Comércio Federal, e Lei Celler-Kefauver, demonstrando que as estruturas destas leis interessam-se mais pelas transferências de riqueza do que pela eficiência, ver Lande, nota 8 *supra*.

73 21 *Cong. Rec.* 2461 (1890).

74 *Id.* em 2614.

75 *Id.* em 4101.

Representante Fithian declarou que os trustes são “empobrecedores” do povo através do “roubo”⁷⁷. O Senador Hoar declarou que os preços monopolistas eram “uma transação com o propósito direto de extorquir a comunidade ... riqueza que deve ser difundida por toda a comunidade.”⁷⁸ O Senador George lastimou-se: “Eles acumulam para si próprios grande riqueza pela extorsão que faz o povo pobre.”⁷⁹

Estas condenações de valor-onerado (“value-laden”) dos efeitos da extração de riqueza do preço monopolista mostra que esta preocupação era muito maior do que aquela com a eficiência econômica. Uma leitura justa da historiografia legislativa da Lei Sherman revela que é um estatuto de proteção ampla do consumidor. A razão primária do Congresso para aprovar as leis antitruste era prevenir que os consumidores pagassem mais do que o nível competitivo em suas mercadorias e serviços. Bork tentou dispor os acionistas de monopólios e cartéis dentro dos consumidores honorários; os consumidores que o Congresso queria proteger incluiu somente compradores de bens e serviços.⁸⁰

2.2 Triângulos e retângulos desembaraçados

Apesar do senso comum sobre a verdadeira intenção Parlamentar básica não é difícil entender como a historiografia de Bork ganhou aceitação tão difundida. Talvez a razão mais importante fosse sua hábil mas ilusória escolha de seu termo chave, “riqueza do consumidor”, como a estrela guia do antitruste. Poucas pessoas imaginam como ele contra-intuitivamente o definiu para excluir a preocupação com a riqueza dos consumidores comuns. Bork foi bem sucedido na promoção desta interpretação muito porque o objeto é extremamente complexo; poucos compreendem que os preços monopolistas conduzem tanto a ineficiência distributiva quanto a transferência de riqueza dos consumidores aos monopolistas. Como Bork traduziu a intenção legislativa em triângulos e retângulos e então voltou ao termo apelativo de “riqueza do consumidor”, poucos

76 *Id.* em 4098

77 *Id.* em 4103 (Fithian foi lido, com aparente aprovação, por um constituinte mais tarde).

78 *Id.* em 2728.

79 *Id.* em 1768. O Senador George continuou: “Portanto fazendo desta extorsão de riqueza o meio de extorsão adicional de suas infelizes vítimas, o povo dos Estados Unidos, eles prosseguem sem serem molestados, sem serem impedidos pela lei. ... (Eles) têm extorquido seus ganhos mal adquiridos do pobre e usado o dinheiro assim obtido para completar a ruína do povo.” *Id.* O Senador George queixou-se que os consumidores estavam sendo roubados. *Id.* em 3150. Também queixou-se de que os trustes eram capazes de “espoliar e roubar o povo”. *Id.*

80 Este artigo afirma que o padrão de transferência de riqueza regeeria o antitruste porque o Congresso assim decidiu, não porque é um enfoque superior. Aquele é o objeto de um outro artigo no qual o autor está trabalhando.

descobriram o que ele realmente tinha feito.⁸¹ Mesmo a Suprema Corte parece ter sido confundida.⁸² Talvez a ilustração mais clara da complexidade das questões é que Bork, no ponto alto de sua análise da historiografia legislativa, por duas vezes parece sugerir que as leis antitruste referem-se às transferências de riqueza dos consumidores a empresas com poder de mercado!⁸³

Se até Bork pode usar os conceitos de forma imprecisa não surpreende que tantos ficassem confusos.

2.3 Contra-Argumentos da “Administrabilidade”

O enfoque da eficiência, se levado a cabo através de regras claramente estabelecidas (tal como diretrizes de fusão bem especificadas antes do que o *ad hoc* da análise caso-por-caso usado durante muito tempo pela administração Reagan), provaria na verdade ser mais útil do que um enfoque “grande é mau, pequeno é bom”. Mas uma orientação de eficiência não é certamente fácil de administrar e não é mais previsível do que o enfoque de preço (isto é, uma

81 Tenho argumentado alhures que as interpretações de Bork da intenção Parlamentar é sua área original de especialização demonstrando que ele é um ativista judicioso de suas causas ideológicas. Contrariamente a seus protestos e aqueles de seus defensores, Bork interpreta a vontade Parlamentar seletivamente para ajustá-la à sua própria agenda; ele não condescende com um Congresso que tem diferentes metas. Bork preserva seu ponto de vista de “construcionismo estrito” do papel de juiz por exemplo quando sua postura é compatível com seus finais preferidos. Em outros casos ele encontra um caminho para conseguir o resultado demandado por sua ideologia e denuncia conclusões contrárias como “inconstitucionais”. Ver Lande, *Just Where Does Judge Bork Stand? - An Anti-Antitrust Activist?* Nat'l L.J., 07 de setembro de 1987, em 13 col. 4. A maior parte das discussões dos pontos de vista de Bork deste artigo são tomadas deste trabalho ou de Lande, nota 8 *supra*.

82 Lembramos a discussão de Reiter, Seção I (D) *supra*.

83 Bork observou que o argumento no Congresso para uma norma contra fusões monopolistas “derivadas em larga medida do desejo de proteger os consumidores da extorsão monopolista. ... Quando riqueza do produtor e do consumidor poderiam entrar em conflito ... o Congresso escolhe a riqueza do consumidor como decisiva.” Bork, nota 8 *supra*, em 11. Uma preocupação com a “extorsão monopolista” e “consumidor” como oposta à riqueza do “produtor” parece ser idêntica à preocupação com os efeitos da distribuição de renda da atividade econômica que Bork repetidamente disse não ter qualquer relação com o antitruste.

Ademais, Bork discutiu o 1 do projeto de Lei de Sherman de uma forma que revelou sua crença de que o Congresso empregou preço, não eficiência, como seu padrão. “Aquele projeto de lei declarou ilegal duas classes de sistemas, contratos, acordos, trusts ou combinações: (1) aqueles realizados com vistas, ou visando, evitar a concorrência livre e total, e (2) aquela denominada, ou visando, *aumentar o custo ao consumidor de artigos do comércio*.” *Id.* em 15 (citação omitida) (ênfase acrescentada). Bork analisou esta linguagem da seguinte forma: “Sherman empregou estes dois critérios de ilegalidade em várias medidas apresentadas ao Senado. A primeira prova, que sujeita todas as empresas às forças do mercado, é apenas um meio de preservar os valores sociais pelos quais os consumidores não querem pagar. Isto somente pode ser reconciliado com uma política de riqueza do consumidor. A segunda prova está mesmo mais explícita. *A pedra de toque da ilegalidade é aumento de preços ao consumidor. Não há exceções.* Sherman queria que os tribunais não fossem meramente influenciados pelo interesse do consumidor mas fosse completamente controlado por ele.” *Id.* em 15-16 (citação omitida) (ênfase acrescentada).

transferência de riqueza). Sob cada qual, as quantidades requeridas - uma previsão tanto do poder de mercado quanto da eficiência — são virtualmente os mesmos triângulos e retângulos determinantes.⁸⁴ De uma perspectiva prática, ambas são freqüentemente inúteis na base de casoporcaso já que requerem quantidades que são geralmente desconhecidas.⁸⁵ Ambas necessitam ser realizadas através de deduções gerais ou normas. Mas dois enfoques conduzem a normas muito diferentes.⁸⁶

Considerando as duas diferenças que surgiriam se um novo grupo de executores federais do antitruste tentasse usar a lei antitruste supostamente “inconstitucional” para evitar que os consumidores fossem forçados a pagar a extorsão monopolista.⁸⁷ Ambas conduziriam a uma execução antitruste significativamente mais agressiva.

A primeira seria o rebaixamento nada dramático dos níveis dos limiares numéricos das Diretrizes de Fusão DOJ. Para ilustração, reconsideremos o diagrama e o enfoque Williamsoniano para a execução da fusão discutida na Seção I(C), *supra*. Suponha que formulemos as diretrizes de fusão baseadas somente no critério de eficiência, e suponha, que acreditamos que o ponto onde as ineficiências da maioria das fusões excedem seus benefícios de eficiência ocorrem na média quando uma fusão produz um aumento HHI de 200 para 2.000 (cifras mais próximas aos atuais níveis “práticos” usados pelo Departamento de Justiça, apesar dos níveis nominalmente mais baixos constantes das Diretrizes de Fusão de 1984). Agora, considere também o efeito da incorporação dos efeitos da transferência de riqueza da fusão. Como ilustrado pelo diagrama, estes efeitos são quase sempre amplos relativos aos efeitos de ineficiência associados.⁸⁸ A incorporação da intenção do Congresso de considerar estas transferências produziria diretrizes de fusão significativamente mais deficientes do que seriam aquelas do enfoque da eficiência.⁸⁹ Mas a “administrabilidade” não seria afetada.

84 O padrão de “preço ao consumidor” requer atualmente menos informação e é mais útil. Ver A. Fisher, f. Johnson & R. Lande, *Mergers, Market Power and Property Rights: When Will Efficiencies Prevent Price Increases?* (Setembro 1985) (manuscrito não publicado) (FTC Working Paper Nº 130).

85 R. Bork, nota 9 *supra*, em 125-26.

86 Bork escreveu que as fusões seriam avaliadas unicamente em termos de efeitos de eficiência. Ele avaliaria as fusões que dessem origem, tanto à ineficiência distributiva (por preços mais altos) e ganhos de eficiência produtiva (a partir, por exemplo, da economia de escala) colocando os limiares da ilegalidade nas suficientemente altas diretrizes de fusão para permitir maiores ganhos de eficiência produtiva e prevenir grandes perdas de ineficiência distributiva. Mas não permitiria uma defesa generalizada das eficiências. R. Bork, nota 9 *supra*, em 221-22.

87 Para diferenças adicionais, ver Sims & Lande, *The End of Antitrust - ou a New Beginning?* 31 *Antitrust Bull.* 301, 316-18 (1986).

88 Ver discussão *infra* na Seção III(B).

89 Os detalhes dos cálculos das trocas (“tradeoffs”) são extremamente complexos. Ver Fisher, Lande & Vandacle, *Afterword: Could a Merger Lead to Both a Monopoly and a Lower Price?* 71, *Calif. L. Rev.* 1967 (1983).

Mais dramaticamente, considere uma fusão que produzisse um monopólio eficiente que elevaria os preços significativamente (lembre do caso *Allied supra*, Seção I(C)). O enfoque da eficiência perguntaria somente se a fusão produziu eficiências (líquidas). Sendo assim, aprovar-se-ia a fusão mesmo que todas as economias de eficiências fossem acrescentadas ao monopolista enquanto os consumidores seriam forçados a pagar preços significativamente mais altos. Pelo contrário, uma política de fusão “inconstitucional” verdadeiramente baseada na intenção Parlamentar obstruiria essas fusões. Os enfoques de “transferência de riqueza” ou “preço ao consumidor” para execução da fusão levantaria uma questão diferente: é provável que a fusão conduza a preços mais altos para os consumidores? Se a resposta é “sim” a fusão seria obstruída, mesmo que isto impedisse a formação de um monopólio eficiente. O Congresso preocupou-se mais com a proteção aos consumidores pela extorsão do monopólio do que com a obtenção dos “benefícios” de monopólios eficientes autorizados. Novamente, o resultado seria diferente, mas isso seria pelo menos igualmente administrável.

Ironicamente, embora o interesse dos fundadores da escola da eficiência pela previsibilidade e “administrabilidade” objetiva fosse admirável, alguns de seus discípulos da administração Reagan não parecem ter compreendido totalmente a mensagem de seus professores. Talvez os discípulos tenham se concentrado demais nos aspectos técnicos da economia da Escola de Chicago às expensas dos conceitos filosóficos mais amplos dessa mesma Escola. Por exemplo, as Diretrizes de Fusão de 1984 de fato comunicaram que o Departamento ouviria qualquer tipo de reivindicação de eficiência e lhe daria o peso que o Departamento considerasse apropriado.⁹⁰ Este enfoque de execução de fusão impõe “administrabilidade” e destruição de planejamento de negócios comparável àquela cometida pelo enfoque social e político que os Chicagoistas denunciaram com base na previsibilidade. Portanto, mesmo que a escola da eficiência tenha ganhado muitos partidários devido à sua promessa de administração superior, sua realização prática não pode ser mostrada como sendo superior.

3. O início do declínio da eficiência

3.1 A contra-revolução ganha força

Não é surpreendente que muitos especialistas antitruste moderados e liberais reconhecidos tenham rapidamente endossado a idéia de que uma meta

90 Diretrizes de Fusão do Departamento de Justiça dos E.U.A. (1984), 2 Trade Reg. Rep. (CCH) 4494.103 a 4.135. Para outros exemplos de como as atuais Diretrizes de Fusão não incorporam normas claras, ver Sims & Lande, “DOJ Adds Revisionist Dollop to ‘82 Merger Guidelines”, *Legal Times*, 25 de julho de 1984 em 15, col. I.

importante do antitruste é proteger os consumidores das sobrecargas monopolistas. Teria sido surpreendente se os especialistas tal como os professores Adams, Brodley, Flynn, Fox, Pitofsky, Schwartz ou L. Sullivan rejeitassem a idéia. Ou talvez maior significado teria sido a adoção deste ponto de vista por acadêmicos antitruste “centristas” mais influentes e sua adoção por um grupo destacado de especialistas relativamente jovens que abarcasse uma ampla parte da geração emergente de influentes acadêmicos antitruste.

Em 1980 o Professor Areeda pareceu endossar a opinião de que a eficiência econômica seria o único fator da análise antitruste.⁹¹ Ele declarou recentemente que uma perspectiva mais ampla era apropriada, observando que mesmo se um cartel hipotético, perfeitamente discriminador não causou ineficiência:

“... está tomando de algumas pessoas e dando a outras mais do que seria pela concorrência. Considero isto como uma distorção anticompetitiva. A ‘riqueza do consumidor’ admite que consumidores individuais têm o direito de contar com uma economia competitiva. Se a eficiência extremista insiste que somente sua definição de riqueza do consumidor é reconhecida pelos economistas, responderíamos que as nossas são claramente reconhecidas pelas leis. A historiografia legislativa da Lei Sherman não é muito clara mas é clara nisto”.⁹²

Muitos dos mais jovens especialistas concordam.⁹³ O Professor Hovenkamp, um “colega viajante” da Escola de Chicago como se auto-descreveu por algum tempo,⁹⁴ agora admite explicitamente a transferência de riqueza como um assunto importante do antitruste.⁹⁵ Os Professores Campbell,⁹⁶ Jorde,⁹⁷

91 Ver 4 P. Areeda 7 d. Turner, *Antitrust Law: An Analysis of Principles and Their Application* 149 n. 2 (1980).

92 Areeda, *Introduction to Antitrust Economics*, 52 *Antitrust L. J.* 523, 536 (1983). Já que Areeda testemunhou em favor da nomeação de Bork para a Suprema Corte seria interessante saber se Bork era um dos “extremistas da eficiência” aos quais Areeda se referiu.

93 “Mais jovens” é usado como um termo relativo para incluir pensadores de mente aberta mesmo que já tenham alguns cabelos grisalhos. *Id.*

94 Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 *Mich. L. Rev.* 213 (1985).

95 Hovenkamp recentemente tratou da questão da preocupação legislativa em apoio às leis antitruste e concluiu que a eficiência não era a primeira preocupação da lei Clayton, da Lei Robinson-Patman ou da Lei Celler-Kefauver. *Id.* em 250. Ele afirmou que a análise da historiografia legislativa da Lei Sherman de Bork é o argumento mais forte em favor da eficiência mas concluiu que “o trabalho de Bork tem sido convocado pelos especialistas subsequentes com relação à questão mostrando que ... o Congresso não tinha real conceito da eficiência e estava realmente preocupado em proteger os consumidores de uma transferência de riqueza desfavorável.” *Id.*

96 Ver Campbell, *Has Economics Rationalized Antitrust?*, 52 *Antitrust L. J.* 607, 617 (1983) (concentra-se amplamente na Lei Robinson-Patman).

97 Ver, e.g., Harris & Jorde, *Antitrust Market Definition: An Integrated Approach*, 72 *Calif. L. Rev.* 1, 14-16 (1984).

Kaplow,⁹⁸ Kovacic,⁹⁹ Krattenmaker,¹⁰⁰ Ross,¹⁰¹ Sapop,¹⁰² T. Sullivan,¹⁰³ Wiley¹⁰⁴ e muitos outros têm chegado a conclusões similares. Ao contrário do rol mais recente dos especialistas mais reconhecidos, cada um opina sobre a questão antitruste na maior parte das vezes ou sempre em termos econômicos. Mas sua economia abrange mais do que eficiência.

Os Procuradores-Gerais Públicos rapidamente tornaram-se um fator importante no antitruste mundial, concordam. Endossaram com vigor que a transferência de riqueza é uma preocupação primária da política de fusão em suas Diretrizes da Fusão Horizontal de 1987.¹⁰⁵ E, embora os tribunais em geral ainda não focalizem as diferenças entre os enfoques, alguns estão começando a reconhecer que a definição de Bork de “riqueza do consumidor” é muito estreita¹⁰⁶ ou é duvidosa.¹⁰⁷

98 Kaplow, *The Accuracy of Traditional Market Power Analysis as a Direct Adjustment Alternative*, 95 Harv. L. Rev. 1817, 1822-23 (1982).

99 Ver o artigo de Kovacic neste volume.

100 Krattenmaker & Salop, *An Antitrust Analysis of Exclusionary Behavior*, 94 Yale L.J. 209, 279-80 (1986).

101 Ver S. Ross, Sports Broadcasting, Antitrust, and Public Policy, Testimony Before the Subcomm. on Antitrust, Monopolies and Business Rights of the Comm. on the Judiciary, 100th Cong. 2d Sess. 2 (06 de outubro de 1987).

102 Ver Krattenmaker & Salop, nota 100 *supra*.

103 Sullivan, *The Economic Jurisprudence of the Burger Court's Antitrust Policy: The First Thirteen Years*, 58 Notre Dame L. Rev. 1 (1982).

104 Wiley tem expressado este ponto de vista em muitos artigos. Ver, e.g., *Revision and Apology in Antitrust Federalism*, 96 Yale L. J. 1277, 1283 n. 32 (1987); *Antitrust and Core Theory*, 54 U. Chi. L. Rev. 556, 587 n. 109 (1987); *A Capture Theory of Antitrust Federalism*, 99 Harv. L. Rev. 713, 749 n. 165 (1986); “‘After Chicago’ An Exaggerated Demise?”, Duke L. J. 1006, 1011 n. 38 (1986).

105 “Quando uma empresa ou empresas exercem o poder de mercado através da manutenção proveitosa de preços acima dos níveis competitivos por um período significativo de tempo ocorre a transferência de riqueza do consumidor àquelas empresas. Esta transferência de riqueza é a maior desgraça que a seção 7 tentou tratar.” Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorneys General (Diretrizes da Fusão Horizontal da Associação Nacional de Procuradores Gerais), 52 Special Supp. Antitrust & Trade Reg. (BNA) Nº. 1306, em S-4 (12 de março de 1987) (notas de rodapé omitidas).

106 Ver o parecer do Juiz Wald sobre a opinião do Juiz Bork em *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d, 231, n. 3 (D.C. Cir. 1986) (“Mesmo se alguém pensa que o Tribunal pretende excluir todas as outras considerações, a frase ‘riqueza do consumidor’ certamente inclui mais do que a simples eficiência econômica”). O Tribunal em *Inglis & Sons Baking Co. v. IIT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014, 1032 (9th Cir. 1981), *cert. denied (cert. negado)*, 459 U.S. 825 (1982), astutamente observou: A maioria dos comentadores que têm tentado desenvolver testes econômicos dos preços predatórios têm assumido que a meta desses testes deveria ser a distribuição eficiente dos recursos da sociedade, ou, na linguagem da economia de riqueza, a melhoria da eficiência distributiva. ... A relevância dos testes econômicos assim desenvolvidos, contudo, deve então estar subordinada em larga escala em se a eficiência distributiva é uma meta primária das leis antitruste. ... [Em nossa opinião] a procura da eficiência distributiva pode conduzir à aceitação de comportamento que é claramente anticompetitivo.

107 (N.T.: ilegível)

3.2 A frente não mais unânime da Administração Reagan

Muitos funcionários antitrustes da Administração Reagan permaneceram fiéis à herança de Baxter e Miller.¹⁰⁸ Por exemplo, o atual Procurador-Geral Assistente do Antitruste, Charles F. Rule, afirmou confiantemente que a única meta das leis antitruste é maximizar a eficiência econômica.¹⁰⁹ Ele positivamente se recusa a executar as leis antitruste de forma a favorecer os consumidores sobre os cartéis, observando: “Não é necessariamente claro que — o consumidor ou o produtor — é mais merecedor do excedente gerado por uma transação particular.”¹¹⁰ Rule combativamente opina que “muito frequentemente” aqueles que não compartilham suas crenças são “demagogos”¹¹¹ e afirma que incluir outros valores além da eficiência no antitruste “é uma prescrição para a tirania”.¹¹²

O Presidente da Câmara de Comércio Federal Daniel Oliver usa uma linguagem igualmente estridente.¹¹³ Mas as declarações de Oliver sobre o assunto contradiz uma outra; ou ele interpreta mal a distinção preço/eficiência ou deliberadamente as confunde numa tentativa de fazer parecer que ele se preocupa com a proteção dos consumidores contra a extorsão monopolista.¹¹⁴

Além disso, a evidência da “contra-revolução” é, entretanto, proporcionada pelo apoio não mais unânime da Administração Reagan ao modelo de eficiência pura. Isto é proeminentemente evidenciado pela proposta de Lei de Modernização da Fusão da Administração de 1986. A Administração propôs mudança no édito da Seção 7 contra algumas fusões cujo efeito pode ser “substancialmente para reduzir a concorrência, ou visando a criação de monopólio”, para um requisito que proíba fusões que “aumentem a capacidade de

108 O Delegado Calvani da FTC, por exemplo, manteve firmemente que a única preocupação adequada do antitruste é eficiência econômica. Ver Calvani, *Consumer Welfare Is Prime Objective of Antitrust*, *Legal Times*, 24/31 de dezembro de 1984, em 14 col. 1.

109 C. Rule, Remarks at the 21st New England Antitrust Conference, Antitrust, Consumers and Small Business, Cambridge, MA, passim, especialmente às pp. 3-6, 8-9 (13 de novembro de 1987).

110 *Id.* em 4-5.

111 *Id.* em 1.

112 *Id.* em 9.

113 Em uma recente entrevista o Presidente Oliver declarou que sob o enfoque da Administração na avaliação das fusões e aquisições “a questão crucial é se essas transações reduzirão substancialmente a concorrência — e conseqüentemente prejudicarão os consumidores — pelo aumento de preço ou pela redução da produção.” Statement of Chairman Oliver, 57 Antitrust L. J. 235, 237 (1988). Oliver denunciou então os “contra-revolucionários” (*id.* em 241) que advogam o “não aprendizado — as leis antitruste como um mecanismo para prevenir transferências de riqueza.” *Id.* em 242 (citando o Professor Rose com aprovação) (citação omitida). Oliver também denunciou “as antigas políticas confiscatórias, redistributivas e destrutiva de riqueza [antitrust enforcement].” *Id.* em 243.

114 *Id.*

exercício do poder de mercado.”¹¹⁵ O Projeto de Lei acrescenta: “Para as finalidades desta seção, a capacidade de exercício do poder de mercado é definida como a capacidade de uma ou mais empresas lucrativas manter preços acima dos níveis de concorrência por significativo período de tempo”.¹¹⁶ Isto é virtualmente o equivalente ao padrão de transferência de riqueza já que qualquer fusão que conduza a preços mais altos aos consumidores serão obstruídas, não obstante produzindo eficiências líquidas. As eficiências “derivadas da aquisição” são relevantes somente à medida em que afetem a capacidade da empresa de aumentar preços.¹¹⁷

É, naturalmente, obscura a extensão pela qual a proposta de fusão da Administração representou sua solução preferida,¹¹⁸ uma concessão à realidade política,¹¹⁹ ou o reconhecimento de que em muitas circunstâncias um padrão de eficiência proporcionará menos transparência aos negócios e será mais difícil de administrar.¹²⁰ Mas isso não tem importância.

115 Ver S. 2160, 99th Cong. 2s Sess., 2(a) (1986). O “Projeto de Lei” faria muitas outras mudanças, inclusive um novo padrão de prova.

116 Id. em 2(d).

117 Id. É interessante notar que, tanto as Diretrizes de Fusão de 1982 quanto as de 1984 são ambíguas como se mais que eficiência econômica contasse na análise de fusão do Departamento, meramente observando que uma fusão pode causar ambos: “O resultado [do poder de mercado] é uma transferência de riqueza dos compradores para os vendedores e uma má distribuição de recursos”. Diretrizes de Fusão do Departamento de Justiça dos EUA de 1982, 2 Trade Reg. Rep. (CCH) 4501 (nota de rodapé omitida); 1984 Diretrizes de Fusão, nota 90 *supra* em 4491.

118 Um forte defensor dessa legislação, o anterior Procurador-Geral Assistente Douglas H. Ginsburg, observou:

Sob a Lei de Modernização da Fusão [de 1986], uma fusão intensificando a eficiência mas aumentando preços poderia ser proibida. Como assunto de reservado da execução, entretanto, eu provavelmente não teria sido, como Procurador-Geral Assistente, contrário a uma fusão que fosse comprovadamente eficiente. Ao mesmo tempo, eu me apresso em chamar a atenção, entretanto, que não acho reivindicações de eficiências persuasivas em qualquer das reconhecidamente raras revisões de fusões onde o ponto foi argumentado. ... [Entretanto], particularmente em vista da raridade com que as demonstrações de eficiência podem de forma convincente ser feitas no interesse da fusão proposta, um padrão de impulso de preço para fusões faria mais para anular as perdas de eficiências através da sobreexecução (“over-enforcement”) (do modo Von’s, Brown, ou PNB) do que poderia possivelmente ser perdido pela ocasional proibição da fusão que estaria aumentando tanto o preço quanto a eficiência.

Carta do Juiz Douglas H. Ginsburg a Robert H. Lande (03 de fevereiro de 1988). Advertências de Ginsburg de que alguém observaria cuidadosamente a distinção “entre a interpretação da lei atual e a proposta de mudança, tal como na Lei de Modernização da Fusão”. *Id.*

119 Nem a Divisão Antitruste nem a FTC declaram sempre publicamente que se recusaram opor-se a uma fusão, apesar da expectativa de preços mais altos, devido às eficiências antecipadas. Não são tão tolos — imagine a reação no Congresso se a FTC ou a Divisão Antitruste declaram que não se oporiam a uma fusão que provavelmente conduziria a uma significativa alta de preços para os consumidores porque o monopólio resultante seria eficiente!

120 Por exemplo, Posner admite que em certas circunstâncias a eficiência é mais difícil de medir. Ele defende em seu lugar o uso do teste de produção. Ver, e.g., Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. Chicago L. Rev. 6, 21 (1981). Já que a produção restringida causa preços supercompetitivos, um padrão de produção é muito similar à proibição de

Há mesmo uma indicação de que o Juiz Easterbrook pode estar começando a abrandar. Um nomeado de Reagan, o Juiz Easterbrook desde há muito tem sido um conselheiro e mentor respeitado de muitos funcionários da Administração antitruste de Reagan e um dos mais influentes membros da escola da eficiência do antitruste.¹²¹ Recentemente escreveu que quando o Congresso aprovou a Lei Sherman:

A escolha, percebiam, estava entre deixar os consumidores à mercê dos trustes e autorizar os juizes a proteger os consumidores. Entretanto divide-se a historiografia legislativa, o tema dominante é a proteção dos consumidores contra as sobrecargas.¹²²

Easterbrook então afirmou:

“Este mostra ser o mesmo programa que aquele baseado na ‘eficiência’. Há diferenças nas margens... mas as diferenças não são muito importantes... [especialmente porque] no decorrer do tempo os consumidores ganham mais da política do que da enfatizada eficiência distributiva e produtiva”.¹²³

Easterbrook parece então admitir que o ponto de vista da transferência de riqueza das historiografias legislativas das leis antitruste é mais exato, mas argumenta que conduz a conclusões que diferem somente levemente do enfoque da eficiência.

Se a brecha entre a Escola de Chicago e os partidários do enfoque da transferência de riqueza tem se estreitado na aceitação da perspectiva posterior com desacordo sobre quão importante será para o antitruste, o empurrão deste artigo é excessivamente cauteloso. O antitruste em breve marchará em uma nova direção. Somente depois de elaborarmos estas diferenças saberemos verdadeiramente onde se encontra seu destino.

práticas que conduzam a preços mais altos aos consumidores.

Há, naturalmente, algumas diferenças entre um padrão de produção e um padrão de transferência de riqueza. Nos casos nos quais a produção é completamente sem elasticidade, tal como em *Allied*, discutida *supra*, Seção I(C), os dois padrões conduziriam a diferentes resultados. Além disso, Posner parece condenar a hipótese de Areeda, do preço de cartel perfeitamente discriminado tal como o cartel reduziria a produção.

Um padrão de produção também foi recentemente proposto pelo Diretor do Gabinete de Política de Desenvolvimento da FTC, Nolan Clark. Ele argumenta que a proibição da Lei Sherman contra certas práticas “restringindo o comércio” (26 Stat. 209 (1890) (versão atual em 15 U.S.C. 1 (1976) era destinada a constituir um édito contra práticas que restringem a produção (já que o comércio somente é restringido quando a produção cai). Clark compara sua proposta ao padrão de eficiência e explica porque produção reduzida e eficiência reduzida não são idênticas. Ver Clark, *Antitrust Comes Full Circle: The Return to the Cartelization Standard*, 38 Vand. L. Rev. 1125, 1168-70 (1985).

121 Ver, e.g. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Texas L. Rev. 1, 3-4 (1984).

122 Easterbrook, *Workable Antitrust Policy*, 84 Mich. L. Rev. 1696, 1702-03 (1986).

123 Id. em 1703. É provavelmente verdade que os enfoques de transferência de riqueza e eficiência difiram mais num período mais curto. Período longo e efeitos indiretos são difíceis de prever.

Este não é o lugar para analisar nem a magnitude das diferenças entre os dois enfoques ou os efeitos práticos dessas diferenças em vários tipos de casos antitruste. Mas é digno de nota que os efeitos da ineficiência do poder de mercado sejam surpreendentemente modestos.¹²⁴ Easterbrook recentemente calculou que eles são consideravelmente quase tão extensos quanto os efeitos da transferência,¹²⁵ uma cifra que provavelmente é uma superestimativa.¹²⁶ Mesmo se aceitarmos esta estimativa, devemos, porém, concluir que “o que está errado” com o poder de mercado é aproximadamente triplicado quando a transferência também é incluída — um salto no resultado que conduz a muitas normas antitruste significativamente mais justas.¹²⁷

Pelo menos dois tipos de áreas seriam afetadas. A primeira, as normas antitruste baseadas no equilíbrio dos efeitos pró-competitivos e anticompetitivos mudaria e proibiria muito mais condutas. As diretrizes de fusão horizontal, por exemplo, seriam significativamente mais deficientes se os efeitos da transferência de riqueza das fusões também fossem incluídos.¹²⁸ Segunda, práticas sem efeitos de ineficiências significantes poderiam tornar-se ilegal se fossem usadas por empresas com poder de mercado para extrair riqueza dos consumidores. O cartel de preços perfeitamente discriminado de Areeda é um desses exemplos. Como a discussão da Seção I(C) *supra* sugere, alguns usos das uniões (“tying”) ou outras restrições verticais de discriminação de preços poderia ser ilegal somente sob o ponto de vista da transferência de riqueza.¹²⁹

124 “A primeira estimativa de perda da economia Americana causada por más distribuições monopolistas foi apresentada por Arnold Harberger em 1954. Se os resultados das estimativas de Harberger fossem expressos em termos de dólares em 1982, equivaleriam a aproximadamente \$12,00 por pessoa por ano. ... É altamente surpreendente que outros economistas cheguem a diferentes estimativas, algumas das quais são mais baixas do que a de Harberger, enquanto outras são maiores (mesmo algumas pelo fator de 50). A revisão de Scherer da evidência coloca a cifra ‘entre 0,5 e 2 por cento do produto nacional bruto [entre aproximadamente \$50 e \$220 por pessoa por ano] com estimativas perto do limiar mais baixo inspirando mais confiança do que aquelas do lado mais alto. ...’ A questão mais importante é qual a magnitude que esta perda poderia ter se não houvesse leis antitruste para agir tanto como sistema impeditivo quanto corretivo. Pode ser impossível, entretanto, formular uma estimativa significativa desta cifra.” Lande, nota 8 *supra*, em 73 n. 32.

125 Easterbrook, *Panel Discussion*, 55 Antitrust L. J. 123, 126 (1986).

126 Ver Fisher & Lande. *Efficiency Considerations in Merger Enforcement*, 71 Calif. L. Rev. 1580, 1644-50 (1983).

127 Isto é somente uma aproximação, e provavelmente uma subestimativa das diferenças. Um enfoque de ponderação seria dar nas transferências de riqueza igual peso aos efeitos da eficiência nos cálculos da troca (“tradeoff”). Um outro enfoque, provavelmente mais alinhado com a intenção Parlamentar, proibiria qualquer fusão que provavelmente conduzisse a extrações significantes do excedente dos consumidores por empresas com poder de mercado. O enfoque posterior usaria o preço aos consumidores como sua marca de nível. Nos casos envolvendo discriminação de preços, contudo, poderia ser mais significativo enfatizar as transferências de riqueza do que os preços aos consumidores.

128 Fisher & Lande, nota 126 *supra*, *passim*.

129 Ver também Lande, Untagling Tying (1988) (manuscrito não publicado)

E a discussão da *Allied*, da Seção I(C) *supra*, mostra que a prática na indústria com demanda relativamente sem elasticidade poderia também ser tratada de forma muito diferente se as transferências de riqueza fossem consideradas.

4. O futuro

A nomeação de Robert Bork para a Suprema Corte não foi rejeitada porque ele recusou adotar mais do que a eficiência na análise antitruste. Mas sua rejeição pode ser o augúrio de que suas opiniões também chegarão a ser rejeitadas.

Quando somente o ponto de vista da eficiência substituiu a perspectiva social/política muitos da comunidade antitruste recusaram a se converter. Alguns se recusaram por inércia, mas a maioria provavelmente evitou apoiar-se na leitura ilógica de Bork da historiografia legislativa das leis antitruste.

Surgimos para ser um outro divisor de águas, um dos que pode cindir a comunidade antitruste em parte ao longo das linhas de geração. Conservadores relativamente jovens, intelectualmente honestos tendem a juntar-se a moderados e liberais de todas as idades na aceitação do novo critério. Alguns assim agirão admitindo seus erros do passado; outros tentarão obscurecer as diferenças e suas posições passadas. Mas muitos da escola da eficiência serão mais rígidos e de mente fechada, especialmente aqueles que investiram anos ou décadas acreditando na sua exclusividade. O futuro do antitruste os deixará para trás, mas devido à sua resistência o que seria uma transição pacífica será pelo contrário uma longa luta.

Como no "round" anterior, esta disputa provavelmente será influenciada não somente pelas intenções atuais dos Congressos que aprovaram as leis antitrustes mas também pela eleição Presidencial. Se os conservadores¹³⁰ forem colocados nos cargos das agências federais de execução antitruste após as eleição de 1988 o padrão de eficiência morrerá muito mais vagarosamente. É mesmo possível que o Presidente Bush possa nomear muitos juizes para a Suprema Corte que concordem com Bork na questão e a escola da eficiência reinaria num futuro previsível.

Se os Democratas obtiverem a Casa Branca e detiverem o controle de ambas as casas do Congresso, entretanto, a transição será muito mais rápida.

130 Termos como "conservador" têm sido usados arbitrariamente e com demasiada liberdade em todo este artigo. É, naturalmente, incorreto ver os "conservadores" como contra as vigorosas execuções antitruste e os "liberais" a favor. Ver, e.g., L. Thurow, *The Zero-Sum Society* em 146-50 (1980). É também incorreto pretender que a eleição de George Bush em 1988 produza a execução antitruste da era Reagan já que muitos Republicanos preferem veementemente a execução antitruste.

Do lado da eficiência provavelmente estarão muitos juízes da Suprema Corte, muitos juízes federais nomeados por Reagan, uma grande porcentagem de reconhecidos especialistas antitruste, e em geral o tribunal de defesa conservador. Do lado dos consumidores estarão outros juízes da Suprema Corte e juízes dos tribunais inferiores, muitos congressistas influentes, executores antitruste federais e estaduais, e de modo crescente pelo menos uns poucos juristas astutos demandantes.¹³¹ Haverá também uma crescente pressão de um número crescente de acadêmicos.

Em muitas áreas do direito os acadêmicos têm pouco impacto. Durante a geração passada, entretanto, um influente grupo de especialistas antitruste articulados e agressivos, desenvolveram e delinearam os efeitos do ponto de vista orientado pela eficiência da política antitruste e tem advogado com sucesso sua realização. O futuro do antitruste é econômico e a eficiência sempre será importante. Não retornaremos ao antitruste *Brown Shoe*¹³² num futuro previsível, e muitas das razões porque o antitruste tem há muito estado em declínio não será influenciado pela queda do monopólio antitruste da eficiência.¹³³ Mas as ramificações práticas do padrão de preço (ou transferência de riqueza) estão apenas começando a ser trabalhados. Esperase que acadêmicos agressivos, tanto advogados quanto economistas, promovam a oportunidade e usem argumentos consumistas constrangedores para abrir a cabeça de juízes e magistrados. Estes “jovens Turcos” promoverão idéias e trabalho simbioticamente com os executores antitruste federais e estaduais orientados aos consumidores e demandantes privados para a revitalização do antitruste.

131 Por exemplo, Fred Furth, que habitualmente representa mais demandantes do antitruste do que os acusados, assumiu a maioria das despesas da Conferência da Casa Airlie (Airlie House Conference) de 1987 que invocou execuções antitruste mais rigorosas. Pode-se esperar que Advogados como Furth usem o conceito de transferência de riqueza em litígios quando puderem com isso beneficiar seus clientes.

132 *Brown Shoe v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

133 Para um análise adicional, ver Sims & Lande, nota 87 *supra*.