

A regra da razão e o ilícito *per se* na aplicação do Direito Antitruste norte-americano

Daniel Rocha Corrêa¹, danielcorrea@pucminas.br

1. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); professor da PUC Minas, Belo Horizonte; advogado.

RESUMO: Pelo estudo de decisões em matéria antitruste prolatadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que tem por ponto central a discussão entre a aplicação da regra da razão e a regra *per se*, procuraram extrair conclusões que contribuam para a construção de uma fundamentação necessária à correta interpretação e aplicação da legislação brasileira.

Palavras-chave: antitruste, regra da razão, regra *per se*.

RESUMEN: La regla de la razón y lo ilícito *per se* en la aplicación del Derecho Antitruste norteamericano. Por el estudio de decisiones en materia antitruste promulgadas por la Suprema Corte de los estados Unidos de América. Que tiene por punto central la discusión entre la aplicación de la regla de la razón y la regla *per se*, se buscó extraer conclusiones que contribuyan para la construcción de una fundamentada y correcta interpretación y aplicación de la legislación brasileña.

Palabras-llaves: antitruste, regla de la razón, regla *per se*.

ABSTRACT: The rule of the reason and the illicit *per se* in the application of the North American Antitrust Right. Through the study of antitrust

decisions of United States Supreme Court; that has as its central point the discussion between the application of the rule of reason and the rule *per se*, it was tried to draw conclusions which contribute to the construction of a necessary basis to a correct understanding and application of Brazilian legislation.

Keywords: anti-trust, rule of the reason, rule *per se*.

I – Introdução

O Direito Econômico é uma disciplina em constante transformação, assim como o fato econômico é dotado de mutabilidade. Como acentua Gérard Farjat, embora a intervenção do Estado na economia tenha marcado o surgimento deste ramo do Direito, atualmente seu núcleo é o direito da concorrência (1996, p. 19 e 44).

Para um país como o Brasil, que desfruta de uma ainda jovem experiência de economia de mercado – um mercado que se pretende global – é determinante a construção de um sistema de defesa da concorrência apto a responder, a todo momento, a essa nova realidade. E como acentua o autor citado acima:

O processo de internacionalização da economia é, a nosso ver, um fator poderoso de recomposição do sistema jurídico provavelmente a partir do direito econômico. A referência ao econômico parece particularmente justificada, pois o espaço estruturado pelo direito é cada vez menos um território nacional, mas sim um espaço novo de natureza econômica (mercado mundial e mercados regionais) (FARJAT, 1996, p. 46-47).

Nessa perspectiva, a apreensão de conceitos do Direito Comparado permite enriquecer a prática interna na construção de um sistema de defesa da concorrência forte e preparado para manter-se sólido no futuro.

Com base nisso, o objetivo do presente trabalho é verificar como a experiência centenária dos Estados Unidos da América pode contribuir na definição de critérios para a aplicação da legislação de defesa da concorrência. O fio condutor da análise será o embate que pode ser observado entre a regra *per se* e a regra da razão.

II – Breve retrospectiva do Direito Antitruste norte-americano¹

O direito antitruste norte-americano foi inaugurado com o **Sherman Act**, de 1890, que ainda permanece em vigor, posto que tenha sofrido algumas modificações.²

Conforme será apresentado abaixo, a interpretação dada à Lei pela Suprema Corte daquele país não é estática, mas está em constante construção.³ Desta forma, para uma melhor compreensão do direito no tempo, demonstrando-se a íntima relação entre o conteúdo do direito e a realidade, é singular a compreensão de Recaséns Siches:

(...) uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, que à medida em que está em vigência é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem e pelas pessoas que a aplicam, e que, ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se às novas realidades em que é revivida e para as quais é revivida (1973, p. 276).

- 1 É preciso atentar para as diferenças estruturais entre a realidade dos Estados Unidos da América e a realidade brasileira. Enquanto é possível e até mesmo adequado o emprego da palavra antitruste para o direito norte-americano, para o direito brasileiro, é mais apropriada a referência à defesa da concorrência. Diante dessas diferenças, verifica-se a adequação do seguinte ensinamento de LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco: “Se a concentração pode apresentar até mesmo perigos numa sociedade econômica e socialmente desenvolvida, o mesmo não se poderá dizer no âmbito de uma sociedade em desenvolvimento, quando a concentração de empresas poderá surgir como uma conveniência, quando não como uma necessidade. Os métodos legais para a proteção da concorrência variarão segundo se apliquem numa sociedade desenvolvida ou em desenvolvimento, pois que nestas há um forte interesse em favorecer a concentração.” (**Lei de Proteção da Concorrência**: comentários à Lei Antitruste, 2001, p. 8).
- 2 Vieram aperfeiçoar as disposições do Sherman Act: o Clayton Act e o FTC Act, ambos de 1914; o Robinson-Potman Act, de 1936; o Celler-Kefauver Act, em 1950; e o Scott-Rondino Act, em 1976.
- 3 Afinal: “Nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado a partir de cada caso particular, sim, será até mesmo determinado produtivamente. O juiz não aplica a lei apenas in concreto, senão que colabora ele mesmo, através de sua sentença, no desenvolvimento do direito [...]” (Conforme GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 1999, p. 88).

2.1 – Antecedentes do *Sherman Act*

A legislação antitruste norte-americana encontra suas raízes na tradição do **Common Law**, conforme pode-se ver em decisões a respeito de monopólios e restrições ao comércio, como: **Dier's Case** de 1415; **Case of Monopolies** de 1602; e **Mitchel v. Reynolds** de 1711.⁴

Esta última decisão merece especial destaque agora porque é o primeiro precedente encontrado na tradição do **Common Law** daquilo que é conhecido hoje como a regra da razão no direito antitruste. Ao decidir pela legalidade da restrição ao comércio questionada, o **King's Bench** valeu-se da análise do caso concreto (MORGAN, 1994, p. 20).

No entanto, é preciso compreender que o objeto de consideração, naqueles casos, era a tutela à propriedade e às relações privadas.

O **Sherman Act** acrescentou algo aos princípios decorrentes da tradição do **Common Law**. Seu objetivo é a defesa do mercado, em resposta às transformações econômicas verificadas nos Estados Unidos da América, no século XIX. Ele tem o caráter de um instrumento contra os efeitos negativos do aumento do poder econômico decorrente das concentrações capitalistas.

Richard Hofstadter caracteriza este novo contexto do seguinte modo:

Logo, com extraordinária rapidez para os moldes em que o tempo histórico é calculado, esta ordem foi soterrada pela grande empresa. Nas três últimas décadas do século XIX, uma economia completamente nova surgiu. Um americano nascido em 1828, o ano da eleição do Presidente Jackson, veio à sociedade numa época na qual a velha economia de pequena empresa, porém dinâmica e expansiva, manteve seu modelo fundamental mais ou menos intacto. Mas, em sua maturidade, ele deve ter visto essa economia tornar-se obsoleta rapidamente e, se ainda vivia em 1904, podia ver a indústria concentrada em um grau inconcebível, não só

4 MORGAN, Thomas, afirma que: “Algumas vezes, nós Americanos agimos como se houvéssimos criado tudo o que há de bom no direito moderno. Porém, ninguém compreende realmente o direito antitruste atual sem perceber que o interesse incidente sobre os monopólios e as restrições ao comércio não é originário da Lei Sherman. Esse interesse vem, pelo menos, desde o período primitivo do desenvolvimento dos direitos de propriedade e comercial Britânicos.” (**Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins**, 1994, p. 1, original em inglês); ver WHISH, Richard (**Competition Law**, 2001).

para seus pais, mas até mesmo para si durante a maior parte de sua vida adulta. Essa transformação econômica aconteceu tão rapidamente que a mente não pôde absorvê-la facilmente. Um povo inteiro dificilmente podia prever que, de um dia para o outro, pararia de sonhar os sonhos do pequeno empreendedor (HOFSTADTER apud HANDLER, 1997, p. 9).

2.2 – A mudança de enfoque acarretada pela legislação antitruste

Como foi salientado acima, a tradição do **Common Law**, anterior ao **Sherman Act**, estava voltada para a defesa de direitos individuais; ao passo que o surgimento da legislação antitruste é o reflexo da consagração em sede constitucional de outra categoria de direitos, os direitos econômicos, tutelados pela defesa do mercado e da livre concorrência.

Nessa perspectiva, em **Standard Oil CO. of New Jersey v. United States**, a Suprema Corte enxergou a regulação do comércio como instrumento para segurança do governo e de direitos fundamentais:

(...) com competência expressamente outorgada pela Constituição, o Congresso pode regular o comércio entre os Estados e com Estados estrangeiros. Este poder era e é supremo (...) para a segurança do Governo e para proteção e garantia dos direitos essenciais inerentes à vida, liberdade e propriedade.⁵

Também, em **United States v. Topco Associates**, fica claro o caráter Constitucional dos direitos protegidos pela legislação antitruste:

(...) o direito antitruste em geral, e a *Lei Sherman* em especial, constituem a *Magna Carta* da livre empresa. Eles são tão importantes para a preservação da liberdade econômica e de nosso sistema de livre empresa quanto o *Bill of Rights* é importante para a proteção de nossas liberdades pessoais fundamentais.⁶

5 221 U.S. 1, 1910, p. 84. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=221&page=1>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

6 405 U.S. 596, 1972, p. 610. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=221&page=1>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

2.3 – As fases da aplicação da Lei

Segundo o enfoque apresentado por Thomas Morgan, podem ser vistas quatro épocas distintas na aplicação da Lei Antitruste nos Estados Unidos da América⁷.

A primeira fase, que foi de 1890 a 1914, marcou o início da Era Moderna do Direito Antitruste norte-americano, nela, definiu-se a competência em matéria antitruste e a abrangência da nova Lei.

Foi nessa primeira fase que a Suprema Corte, ao decidir, em 1910, o caso **Standard Oil CO. of New Jersey v. United States**⁸, demonstrou que a semente da regra da razão já estava presente naquele Tribunal.

A segunda fase, que se estendeu de 1915 a 1939, foi marcada pela aplicação da regra da razão. Recebe o nome de “Era Brandeis” em função das decisões do juiz Brandeis aplicando a referida regra.

Como exemplos de decisões inspiradas pela regra da razão, podem ser citados ainda: **Board of Trade of City of Chicago v. United States**, de 1918, e **United States v. General Electric CO. et al.**, de 1926.⁹ Nesta última decisão, a Suprema Corte analisou a adequação do monopólio legal, constituído pelas patentes de invenção, em face da vedação imposta pela legislação antitruste; ao passo que, naquela, a Corte demonstrou, pelas palavras do Juiz Brandeis, que, na interpretação das vedações impostas pela nova Lei, era necessário compreender que todo contrato, em certa medida, tem o efeito de restringir a concorrência. Desta decisão emblemática, merece destaque:

(...) a legalidade de um acordo ou regulação não pode ser determinada por um teste tão simples quanto saber se ele restringe a concorrência. Todo acordo visando comércio, toda regulação do comércio, restringe. Obrigar, restringir, é de sua própria essência. O verdadeiro teste de legalidade é verificar se a restrição imposta é tal que somente regula e mesmo assim promove a concorrência ou se ela pode suprimir ou destruir a concorrência.

7 Op. Cit..

8 221 U.S. 1. A ementa desse caso foi transcrita por LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, do seguinte modo: “A lei antitruste de 2 de julho de 1890 deve ser construída sob a luz da razão; e, assim construída, proíbe todos os contratos e combinações que acarretem uma desarrazoada e indevida restrição do comércio e do intercâmbio interestadual.” (Op. Cit., p. 71). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=221&page=1>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

9 246 U.S. 231 e 272 U.S. 476. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=246&page=231>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

Para determinar esta questão a Corte deve considerar normalmente os fatos peculiares aos negócios a que as restrições se aplicam; suas condições antes e após a restrição, a natureza da restrição e seus efeitos, atuais ou prováveis. A história da restrição, os eventuais danos, a razão para adotar determinada solução, o propósito ou o fim visado, são todos fatos relevantes. Não porque uma boa intenção possa salvar uma regulação questionável de outro modo, ou vice-versa; mas sim, porque o conhecimento da intenção pode contribuir para a Corte interpretar os fatos e traçar um prognóstico das conseqüências.¹⁰

A terceira fase, “a regra *per se* e o foco na estrutura do mercado”, que foi de 1940 a 1973, foi caracterizada pela prevalência da regra do ilícito em si, que consiste numa simplificação e numa resposta ao período de expansão econômica vivido após a crise de 1929.

Naquela época, imperou uma concepção de ilicitude rígida, como se vê do seguinte trecho extraído da decisão proferida, em 1940, pela Suprema Corte, no caso **United States v. Socony-Vacuum Oil CO.**, ao condenar um acordo de fixação de preço devido ao perigo para o mercado:

Sob a Lei Sherman, uma combinação que tenha o propósito e o efeito de aumentar, diminuir, fixar, segurar ou estabilizar o preço de uma mercadoria no comércio interestadual ou no comércio exterior é ilegal em si. (...) Como vimos, acordos para fixação de preço são punidos por serem ilegais em si, conforme determinação do Congresso; eles não são avaliados quanto ao propósito, intuito ou efeito na eliminação dos chamados males da competição.¹¹

10 246 U.S. 231, p. 238, Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=246&page=231>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

11 310 U.S. 150, p. 223 e 228. Ao conduzir o voto majoritário da Corte neste caso, o Juiz Douglas enfatizou em nota de número 59: “A efetividade de acordos de fixação de preços depende de muitos fatores, como táticas competitivas, posição na indústria, o modelo adotado para as políticas de preço. Por mais que existam justificações econômicas para determinados acordos de fixação de preços, a lei não permite que se perquiram por sua razoabilidade. Todos são proibidos devido à ameaça atual ou potencial ao sistema nervoso central da economia.” Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=310&page=150>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

Ao final dessa terceira fase, percebe-se uma mudança das concepções predominantes dentro da Suprema Corte. Em algumas decisões, começou-se a questionar a adequação do critério do ilícito em si. São exemplos da transição, as decisões em **United States v. Arnold, Schwinn & CO.** e **United States v. Topco Associates**, em que condutas passíveis de incrementar a concorrência foram consideradas ilícitas.¹²

A última fase teve início em 1974 e vem até a atualidade. Ela é uma resposta à rigidez da regra *per se* e tem por característica a aplicação da análise econômica do direito para interpretação da Lei Antitruste, conforme orientação da Escola de Chicago¹³. Nela, observa-se um rompimento claro da Corte com a orientação seguida durante o período anterior.

Com relação a essa fase, Thomas Morgan diz:

Desde o início da década de 1970, mudanças na abordagem antitruste nacional eram prováveis. Definitivamente, a análise *per se* estava fadada a não corresponder a uma plena análise antitruste de uma economia complexa.

Críticas, como as articuladas por *Robert Bork*, *Harold Demsetz* e *Richard Posner*, levantaram indagações a respeito das bases intelectuais para grande parte das doutrinas antitruste. Casos, como *Container*, *Topco*, *Utah Pie*, *Fortner* e *Schwinn*, foram vistos como um empecilho àqueles que defendiam a expansão do rigor antitruste. Como tratar as questões antitruste de modo coerente, tanto com a abordagem tradicional, quanto com uma sólida análise econômica, tornou-se a verdadeira questão central.¹⁴

12 388 U.S. 365, 1967 e 405 U.S. 596, 1972. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=388&page=365>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

13 Segundo CHIASSONI, Pierluigi, a análise econômica do direito pode ser identificada como o movimento de pensar, radicado sobretudo em Chicago nos EUA, que procura elaborar uma teoria do direito positivo americano e também constituir-se num método de ensino do Direito, pela aplicação de instrumentos da Ciência Econômica. (**Law and economics: l'analisi economica del diritto negli stati uniti**, 1992, p. 15-23).

14 Op. Cit., p. 510, original em inglês.

Diante desse impulso para a utilização de critérios econômicos na aplicação do Direito, em **United States v. General Dynamics Corp.**, a Suprema Corte trabalha conceitos como mercado relevante quanto ao produto, mercado relevante geográfico, elasticidade cruzada, além de buscar conclusões a respeito da eficiência dinâmica.¹⁵ Do mesmo modo, em **Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.**¹⁶, a Corte aplica a regra da razão a uma restrição vertical e, por maioria de votos, reescreve o precedente que havia estabelecido anteriormente em **United States v. Arnold, Schwinn & CO.**

Para Richard Posner, esta última decisão modificou os horizontes da análise econômica do Direito. Segundo o autor:

(...) dez anos após *Schwinn*, em **Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.**, a Corte afastou aquele precedente e julgou que restrições concorrenciais extra-preço aos distribuidores não são ilegais em si, mesmo se impostas em contratos de compra e venda.¹⁷

Em uma decisão mais recente, **Eastman Kodak CO. v. Image Technical Services, Inc.**, proferida em 1992, verificou-se uma divergência de posicionamentos, na Suprema Corte Norte-Americana, a respeito da utilização do critério da eficiência para legitimar atos anticoncorrenciais.¹⁸

Diante desse quadro, é possível deixar em aberto as seguintes questões: A utilização de instrumentos da análise econômica constitui o *estado da arte* do Direito Antitruste? Até quando perdurará a fase atual do Direito Antitruste norte-americano?

As respostas serão obtidas pela análise dos fatos e não pela especulação, pois a Ciência não pode formular conclusões precisas sobre como se comportarão os fatos sociais, já que “O homem é dono das idéias, mas não o é da realidade” (BOSON, 1993, p. 267).

15 415 U.S. 486, 1974. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=415&page=486>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

16 433 U.S. 36, 1977. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=433&page=36>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

17 em **The Rule of Reason and the Economic Approach**: Reflections on the Sylvania Decision, 1997, p. 2 e 20, original em inglês.

18 504 U.S. 451, 1992. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case &court=us &vol=504&page=451>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

III – O critério adequado para a aplicação da legislação antitruste

A partir de uma análise detida da experiência dos Estados Unidos da América em matéria antitruste, constata-se que existe uma clara tensão entre a ilicitude em si e a regra da razão. Na história do direito antitruste norte-americano, observa-se que, a cada época, a Suprema Corte considera mais adequado um daqueles critérios, e também, que outros fatores são necessários para uma correta delimitação da ilicitude à liberdade de concorrência.

3.1 – A regra da razão e o ilícito *per se*

Definir de qual o grau de abertura o intérprete dispõe é um primeiro passo essencial na aplicação da norma.

Em **United States v. Topco Associates**, o juiz Burger, ao divergir do voto majoritário, fez remissão a palavras do senador Sherman, a respeito dos objetivos da **Lei Antitruste**, pronunciadas perante o Senado:

combinação cujo escopo seja impedir a concorrência ou restringir o comércio, ou elevar os lucros do produtor às custas do consumidor. Esta é a combinação ilegal, reconhecida pelas regras do Common Law e pela experiência humana, que é o foco desta Lei, não a combinação legal e útil.

(...)

Reconheço que é difícil, para a linguagem legal, definir a linha precisa entre as combinações legais e ilegais. Isto deve ser atribuído às Cortes para ser determinado em cada caso particular. Tudo o que nós, legisladores, podemos fazer é declarar princípios gerais, e podemos ficar seguros que os Tribunais os aplicarão extraindo o significado da Lei (...) 21 Cong. Rec. 2457, 2460.¹⁹

Em seguida, conclui pela possibilidade de coexistência entre a regra da razão e a regra *per se*, ao dizer:

‘Extrair o significado da Lei’ fazer sua delimitação em cada caso concreto, ‘esta Corte concluiu anteriormente que esta foi a intenção do Congresso’ que a ‘regra da razão’ deve

19 405 U.S. 596, 1972, p. 620-1. o Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=405&page=596>>. Acesso em: 07 jun. 2001.

ter sua definição aplicada caso a caso. *Standard Oil Co. v. United States*, (1911). E que a regra da razão deveria ser aplicada à luz das políticas legais de proteção ao ‘interesse público’. *United States v. American Tobacco Co.*, (1911). De modo semelhante, as regras *per se* foram desenvolvidas para a proteção do bem-estar público; elas são complementares e, de modo algum, incompatíveis com a regra da razão.²⁰

Uma regra clara, que dê pouca margem à interpretação, é positiva por contribuir para a segurança jurídica. Contudo, nem sempre tal regra é satisfatória para atender aos seus objetivos, pois necessita de ser interpretada conforme as mudanças sociais. Por isso, o mesmo conjunto normativo constituído pela legislação antitruste mereceu abordagens distintas na história norte-americana. Por isso, a Constituição daquele país está em vigor até hoje.

Ao analisar a relação entre a precisão do texto legal e eficiência, Issac Ehrlich e Richard Posner concluíram que o detalhamento exagerado é ineficiente. Pois o legislador não tem como prever todas as hipóteses de comportamento e há alto custo para modificar a lei, adequando-a às alterações da realidade.²¹

Verifica-se ainda que, nessa tarefa de construir o direito, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América depara-se com uma série de questões complementares. Por detrás dessa tensão entre o critério da ilicitude *per se* e a regra da razão, é possível observar que, para a correta interpretação da lei, é preciso atentar para a adequação do resultado do processo de interpretação com a realidade atual, a análise deve ser concreta, a eficiência pode servir como causa de exclusão da ilicitude e o Julgador deve estar apto a compreender a realidade que analisa.

20 (Idem, p. 621) Ver nota no 30 infra.

21 Conforme estes autores: “A ambigüidade inerente à linguagem e as limitações da perspicácia e conhecimentos humanos restringem a habilidade prática do legislador em descrever, precisa e exaustivamente, as circunstâncias que devem derivar de uma regra geral. [...] Um importante custo da regulamentação legal por regras específicas, é o custo da alteração da legislação em função de mudanças econômicas e tecnológicas.” (An Economic Analysis of Legal Rulemaking, *The Journal of Legal Studies*, 1974, p. 268 e 277).

3.2 – Adequação à realidade

Como a economia está em transformação, como ela não é estável, crises, períodos de expansão e a própria internacionalização do mercado são circunstâncias que devem ser consideradas para a adequada aplicação da Legislação Antitruste.

Necessário salientar que o resultado dessa aplicação deve ser coerente com a realidade atual. De acordo com esta perspectiva, vêm à tona as considerações dos juízes Stewart e Harlan, ao divergirem em conjunto da decisão majoritária em **United States v. Arnold, Schwinn & CO.**:

Há séculos que se poderia presumir que um produtor não possui interesse legítimo no que ocorreria com seus produtos a partir do momento em que vendeu-os a um homem mediano que implantou um canal de distribuição extraordinário. Mas essa assertiva não é tão verdadeira hoje, uma época de políticas de mercado sofisticadas, publicidade de massa e integração vertical produtor-distribuidor. Restrições como essas, relacionadas a um programa de franquias, em consequência, podem ‘encontrar razão’ segundo a antiga doutrina das restrições. Em todo caso, a situação do ‘common law’ há 400 ou 100 anos é irrelevante para a questão à nossa frente: os efeitos do direito antitruste sobre restrições verticais à distribuição na economia Americana hoje. Os problemas envolvidos são difíceis e complexos, e nossa resposta deve ser mais refletida e apurada do que a simples aprovação de uma velha receita.²²

22 Nesta mesma decisão dissidente, há outra passagem que merece consideração pois, a partir da análise concreta da realidade, conclui pela eficiência da prática analisada: “Em consequência, Schwinn desenvolveu uma política de franquias que pode assegurar qualidade e eficiência ao seu sistema de distribuição. [...] as razões para a política de franquias adotada por Schwinn não estão apenas nos fatos desse registro específico, mas em numerosas questões de política econômica e social. Esta Corte reconheceu o interesse do Congresso no desaparecimento do pequeno comerciante independente devido à concorrência com gigantes verticalmente integrados. Ver *Brown Shoe Co. v. United States*. Em muitos casos, essa tendência reflete a inexorável realidade econômica do mercado moderno. Mas a franquia dá esperança ao comerciante independente de, efetivamente, tornar-se um concorrente eficiente de empresas muito concentradas.” (388 U.S. 365, 1967, p. 383, 386 e 392, Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=388&page=365>>. Acesso em: 24 jun. 2001).

3.3 – Análise concreta

Outro aspecto relevante para um julgamento adequado é a necessidade de se proceder a uma análise concreta dos fatos e efeitos. Na aplicação da lei, é necessário considerar os seus objetivos, confrontá-los à realidade do momento e buscar a solução mais justa para o caso concreto segundo a ordem jurídica²³.

Em **United States v. Arnold, Schwinn & CO.**, a Corte concluiu pela necessidade de uma análise dos efeitos sobre o mercado: “O Governo não argumenta que as práticas relacionadas a esta apelação constituem violações em si à **Lei Sherman** (...). Logo, somos remetidos a uma avaliação do impacto dessas práticas sobre o mercado”.²⁴

Também em **United States v. Topco Associates**, sobressai a necessidade de se proceder a uma análise concreta da realidade:

(...) Uma análise da razoabilidade de restrições específicas inclui considerações sobre os fatos peculiares aos negócios em que a restrição é aplicada, a natureza da restrição e seus efeitos, a história da restrição e as razões para sua adoção. *Chicago Board of Trade v. United States*, supra, at 238.

Enquanto a Corte utilizou a ‘regra da razão’ para avaliar a legalidade da maioria das restrições acusadas de violação à *Lei Sherman*, ela também desenvolveu a doutrina que afirma

23 Para isso, é interessante compreender que: “Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto - da lei ou da revelação - por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação, por outro.” (GADAMER, Hans-Georg, Op. Cit., p. 461).

24 Após concluir pela necessidade de análise do mercado para definir a adequação da conduta atacada pelo Governo, a Corte faz menção ao **mercado relevante quanto ao produto** e à **ilicitude em si** consistente no **controle de preço de revenda**: “A aplicação da regra da razão aqui não pode estar limitada à concorrência dentro da mesma marca. Quando olhamos para o mercado relevante quanto ao produto como um todo, não podemos concluir que o sistema de franquia de Schwinn, com relação aos produtos, dos quais conserva a propriedade e risco, constitui uma irrazoável restrição ao comércio. Claro que isso não justifica ou elide as violações em si, que, em essência, consistem no controle do preço de revenda dos produtos Schwinn, após esta ter transferido a sua propriedade.” (388 U.S. 365, p. 373 e 382. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=388&page=365>>. Acesso em: 24 jun. 2001).

que certas relações negociais são violações²⁵ em si à Lei, sem levar em consideração a razoabilidade.

Em **Standard Oil CO. (Indiana) et al. v. United States**, a Corte analisa o mercado produtor de gasolina para concluir que não houve efeito negativo para o mercado e que não houve prova da existência de monopólio ou restrição ao comércio.²⁶

Quando se fala em análise concreta, é adequada a remissão ao pensamento de Luis Recaséns Siches:

(...) a única proposição válida que se pode emitir sobre a interpretação é a de que o Juiz deve interpretar a lei, em todo caso, precisamente do modo que leve à conclusão mais justa para resolver o problema que tenha sido colocado ante sua jurisdição (1999, p. 660).

3.4 – Eficiência

Para Richard Posner, a eficiência – maximização da riqueza – é um importante critério orientador das intervenções do Estado no mercado. Segundo o autor:

A maximização da riqueza é um valor social importante na América e em outras nações ricas: tanto que, quando as intervenções do Governo no mercado não visam a distribuição, invariavelmente, elas estão situadas no terreno da maximização da riqueza (POSNER, 1984, p. 33).

Estas considerações podem ser complementadas pela compreensão de que a maximização da riqueza pode estar associada a uma análise custo-benefício:

25 (405 U.S. 596, 1972, p. 607, Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=405&page=596>>. Acesso em: 07 jun. 2001). Na segunda parte dessa passagem a Suprema Corte confirma a possibilidade de coexistência das **regras per se** com a **regra da razão**.

26 (283 U.S. 163, 1931, p. 171. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=283&page=163>>. Acesso em: 18 jan. 2001.). Também em *United States v. General Electric CO. et al.* (272 U.S. 476, 1926. <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=272&page=476>>. Acesso em: 18 jan. 2001) a Suprema Corte faz extensa análise do mercado específico, qual seja: o de lâmpadas.

A ‘maximização da riqueza’, vista como um guia para a ação governamental e judicial, significa que o objetivo destas ações é ocasionar a alocação de recursos que faça o bolo crescer o máximo possível, independente do tamanho de cada pedaço. Isso significa, em outras palavras, o uso da análise de custo-benefício como o critério de escolha social (...)²⁷.

Na mesma obra, Richard Posner acrescenta que o critério da eficiência pode estar presente em decisões judiciais nos sinônimos: “*balancing*” ou “*reasonable*”. Para ele, estas são metáforas encontradas em decisões judiciais norte-americanas, para a análise custo-benefício, para uma análise pautada pela eficiência. Uma análise que ele considera da essência do ato de julgar. Assim:

Quando a decisão não é predeterminada por precedente ou inequívoca orientação legal ou de outra fonte, ela aparece como um resultado que será ‘razoável’ dentro das circunstâncias, significa, para mim, o resultado que maximizará a riqueza da sociedade, levando-se em conta a distribuição de riqueza existente.²⁸

Por outro lado, conforme salientado por Hebert Hovenkamp, a eficiência é um critério poderoso, mas limitado²⁹. Limitação que já se vê em discussão

27 (Op. Cit., p. 132, original em inglês) Para esse autor, o melhor critério de eficiência é o critério de *Kaldor-Hicks*, também denominado superioridade potencial de Pareto. É importante atentar que essa concepção é válida para nações ricas, onde há um mínimo de justiça na distribuição de renda. Por isso, a preocupação está voltada para os aspectos globais. Para maiores detalhes a respeito da concepção de eficiência defendida por POSNER, ver o seu **El análisis Económico del Derecho**, 1998, p. 21-4.

28 *Wealth Maximization and Judicial Decision-Making*, **Internacional Review of Law and Economics**, 1984, p. 134, original em inglês.

29 Segundo ele: “O modelo de eficiência de mercado é muito poderoso para a política antitruste. A análise antitruste da Escola de Chicago veio como uma importante e duradoura contribuição à política antitruste. A Escola colocou uma ênfase na análise econômica, dentro da jurisprudência antitruste, que provavelmente não desaparecerá. Contudo, ao mesmo tempo, a abordagem antitruste da Escola de Chicago é falha por duas razões importantes. A primeira delas, a noção de que a produção de políticas públicas deve ser guiada exclusivamente pela noção de eficiência fundada no modelo neoclássico de eficiência de mercado, é uma abordagem simplista. [...] A segunda, o modelo neoclássico de eficiência de mercado é igualmente simples para justificar ou para prever o comportamento das empresas no mundo real.” (Antitrust Policy After Chicago, em HANDLER, **Antitrust Law: Trade Regulation - Cases and Materials**, 1997, p. 16-7, original em inglês).

dentro da Suprema Corte, como verifica-se em **Eastman Kodak CO. v. Image Technical Services, Inc.**, quando da divergência sobre a necessidade de aplicação da análise econômica, para que determinadas questões fossem decididas, conforme foi mencionado acima.³⁰

De todo modo, essas limitações são inerentes à Economia. A análise econômica e o critério da eficiência não são instrumentos mágicos que superam todos os obstáculos. Isso pode ser visto claramente nas palavras de Richard Posner, sobre a relação entre as hipótese econômicas e a realidade:

O economista pode prever o efeito da regulamentação sobre o valor e a eficiência, em seus sentidos estritamente técnicos, e sobre a distribuição atual da renda e da riqueza,³¹ mas não pode traçar prescrições para a mudança social.

É preciso destacar que a eficiência e a análise econômica do Direito, embora deficientes, não deixam de ser instrumentos úteis para a defesa da concorrência. Principalmente, quando se tem em vista o critério da eficiência distributiva.

3.5 – Especialização da magistratura

A especificidade do fato econômico faz necessária a especialização do aplicador da norma antitruste.³² Conforme se pronunciou a Suprema Corte, em **United States v. Topco Associates**, a inabilidade em apreciar a realidade econômica pode implicar na criação de regras *per se*:

(...) O fato é que a utilidade das Cortes no exame de problemas econômicos difíceis é limitada. Nossa falta de habilidade para pesar, em qualquer sentido aprofundado, se a destruição da concorrência em um setor da economia, contra a promoção da concorrência em outro setor, é um importante motivo para termos formulado regras *per se*.

30 Ver item 2.3 acima.

31 (**El análisis Económico del Derecho**, 1998, p. 22, original em espanhol.) Além disso, ele acrescenta que compete à economia tão somente descrever a realidade: “a economia não decide se a distribuição atual da renda e da riqueza é boa ou má, justa ou injusta [...] nem pode dizer se uma alocação eficiente de recursos é desejável do ponto de vista social ou ético.” (Idem., p. 21-2, original em espanhol).

32 Ver WHISH, Richard, **Competition Law**, 2001, p. 1.

Ao aplicar estas regras rígidas, a Corte tem rejeitado constantemente a noção de que simples restrições ao comércio devem ser toleradas por serem de boa-fé ou por, supostamente, desenvolverem-se para aumentar a concorrência.³³

IV – Considerações finais

Conforme se verificou acima, a maior ou menor rigidez na caracterização do ilícito pode ser tomada como o fio central a partir do qual são identificados diferentes períodos na história da aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos da América.

Com a análise feita da experiência norte-americana em matéria antitruste, fica claro que o principal fator que influi na definição de um critério para a aplicação da lei é o próprio contexto em que ela será aplicada.

Ao intérprete cabe a missão de dar coerência às normas geral e individual, conformando o direito à realidade em que será aplicado.

Quanto ao futuro do direito da concorrência, tudo leva a crer que ele terá que responder a uma crescente internacionalização da economia e aos avanços da tecnologia. Para isso, é necessário ao jurista compreender que, apesar de a norma jurídica buscar a estabilidade, a realidade está em movimento. Então, mesmo que o texto legal não se modifique no tempo, seu conteúdo certamente variará junto com a mudança da realidade.

Como se viu, a experiência norte-americana demonstra que a tensão entre a regra *per se* e a regra da razão no direito antitruste só pode ser esclarecida pela conjugação de outros princípios, como a adequação à realidade, a análise concreta e a eficiência, procedida por pessoal capaz de lidar com a especificidade da matéria.

Essa análise do direito comparado é útil para enriquecer a própria experiência brasileira na formação de uma cultura de defesa da concorrência. Para isso, é preciso compreender as diferenças estruturais entre as duas realidades. A economia dos Estados Unidos da América é sólida o suficiente para que façam política antitruste. O que não pode ser afirmado quanto ao Brasil. Aqui se faz defesa da concorrência. Enquanto é possível existir ilícitos em si no Direito Antitruste norte-americano, a regra da razão, por enquanto, é o critério mais adequado para a realidade brasileira e para o contexto em que ela se insere. A imitação pura e simples pode levar a resultados totalmente indesejáveis.

33 405 U.S. 596, 1972, p. 609-10. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=405&page=596>>. Acesso em: 07 jun. 2001.

Referências bibliográficas

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Filosofia do Direito**: interpretação antropológica. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CHIASSONI, Pierluigi. **Law and economics**: l'analisi economica del diritto negli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli, 1992.

COASE, Ronald H. **La empresa, el mercado y la ley**. Versão espanhola de Guillermo Concome y Borel; revisão técnica de Carlos Newland e Silvia Tedesco. Madri, Espanha: Alianza, 1994.

EHRlich, Isaac; POSNER, Richard A. An economic analysis of legal rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, p. 257-85, jan., 1974.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Standard Oil CO. of New Jersey v. United States. 221 U.S. 1, 1910. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=221&page=1>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Board of Trade of City of Chicago v. United States. 246 U.S. 231, 1918. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=246&page=231>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. General Electric CO. et al. 272 U.S. 476, 1926. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=272&page=476>>. Acesso em: 18 jan. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Standard Oil CO. (Indiana) et al. v. United States. 283 U.S. 163, 1931. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=283&page=163>>. Acesso em: 18 jan. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Appalachian Coals v. United States. 288 U.S. 344, 1933. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=288&page=344>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Socony-Vacuum Oil CO. 310 U.S. 150, 1940. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=310&page=150>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Parker v. Brown. 317 U.S. 341, 1943. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=317&page=341>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Line Material CO.. 333 U.S. 287, 1948. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=333&page=287>>. Acesso em: 10 maio 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Arnold, Schwinn & CO.. 388 U.S. 365, 1967. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=388&page=365>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Topco Associates. 405 U.S. 596, 1972. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=405&page=596>>. Acesso em: 07 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. General Dynamics Corp.. 415 U.S. 486, 1974. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=415&page=486>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.. 433 U.S. 36, 1977. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=433&page=36>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum. 445 U.S. 97, 1980. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=445&page=97>>. Acesso em: 05 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Southern Motor Carriers Rate Conf. v. United States. 471 U.S. 48, 1985. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=471&page=48>>. Acesso em: 05 jun. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Eastman Kodak CO. v. Image Technical Services, Inc.. 504 U.S. 451, 1992. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=504&page=451>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARJAT, Gérard. **A noção de Direito Econômico**. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HANDLER, Milton, PITOFKY, Robert, GOLDSCHMID, Harvey J. et al. **Antitrust Law: trade regulation: cases and materials**. Milton Handler, Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid, Diane P. Wood. 4. ed. New York: The Foundation Press, Incorporated, 1997.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. **Antitrust, innovation, and competitiveness**. New York: Oxford, 1992.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 4. ed. rev. e atual. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Lei de Proteção da Concorrência**: comentários à Lei Antitruste. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Conselho Editorial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da UFMG, v.1, n.1, p.79-98, jul., 1997.

OLIVEIRA, Elisa Silva Ribeiro Baptista de. **Do controle de condutas**: análise da tipificação das práticas restritivas da Concorrência. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte.

MORGAN, Thomas D. D. **Cases and materials on modern antitrust law and its origins**. St. Paul, Minn.: West Publishing Company, 1994.

POLINSKY, A. Mitchell. **Introducción al análisis económico del Derecho**. Tradução de J. M. Álvarez Flórez. Barcelona: Ariel, 1985.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. Wealth Maximization and Judicial Decision-Making. **Internacional Review of Law and Economics**, n. 4, p.131-5, 1984.

_____. The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania Decision. **The University of Chicago Law Review**, v. 45, n.1, p.1-20, 1977.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. 14. ed. México. Editorial Porrúa, S.A. 1999.

_____. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. aum. México: Editorial Porrúa, 1973.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico**: Direito e experiência Antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

VAZ, Izabel. **Direito Econômico das propriedades**. Prefácio de Oscar Dias Corrêa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 4. ed. Londres: Butherworths, 2001.

WILLIAMS, Glanville. **Learning the Law**. 11. ed. Londres: Stevens and Sons, 1982.