

Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo: A Autonomia do Direito Perante a Economia e a Política da Concorrência¹

Luis Fernando Schuartz²

É comum ouvir que o direito da concorrência existe no Brasil somente a partir de 1991. Esse é o ano da entrada em vigor da Lei nº 8.158, que marca, simbolicamente, o início de um movimento lento porém progressivo de tomada mais ampla de consciência (tanto no plano governamental como no plano da comunidade jurídico-empresarial) sobre a importância de uma política de defesa da concorrência tecnicamente orientada. Olhando para trás, podemos reconhecer a essa periodização uma certa utilidade enquanto proposta de autocompreensão daqueles que vivenciaram a mencionada transição. Contudo, um “sentimento de dialética” sugere uma narrativa menos linear. Se é verdade que atingimos um estágio do qual é difícil retroceder, ainda não está totalmente claro se há boas razões para celebrarmos a nova fase que se anuncia.

Especialmente nos procedimentos institucionalizados de aplicação do direito, as citações de resultados cada vez mais sofisticados de teoria econômica e o uso de métodos quantitativos complexos e ultra-sensíveis a hipóteses não triviais contrastam com a pouca quantidade e a questionável qualidade dos dados empíricos disponíveis para garantir sua aplicabilidade aos casos concretos. É certo que não há nada a opor a esse quadro se nos colocamos na posição de agentes privados estrategicamente orientados na persuasão de sujeitos dotados de poder de decisão. O problema por trás desse descompasso não é algo que tenha que ser analisado nos termos de um conflito entre ética profissional e os imperativos do agir estratégico, mas que deveria ser procurado em outra direção, pois consiste, em boa medida, em um efeito de escamoteamento de deficiências aparentemente estruturais da administração pública no que toca à redução das assimetrias de informação que caracterizam seu estado de conhecimento comparativamente ao estado de conhecimento das partes (*i. e.*, requerentes, representantes e represen-

¹ Uma versão menos desenvolvida do presente artigo foi publicada com o título “Haverá lugar digno para o ‘jurídico’ na teoria e prática do direito antitruste?”, *Revista IBRAC*, v. 13, nº 2, 2006, p. 153-182.

² Professor da FGV Direito Rio e membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

tadas) nos processos de análise de atos de concentração econômica e investigação de condutas anticompetitivas.

As alternativas de solução que se delineiam podem ser, simplificadamente, reduzidas a uma opção quanto à *posição* do argumento econômico relativamente ao argumento jurídico na interpretação e aplicação da legislação antitruste. Quanto a este ponto, há um vasto terreno a ser explorado. Este artigo seleciona dois temas cuja reflexão me parece ser mais urgente, a saber: I) da *finalidade* do direito antitruste, e II) da *prova* na sua aplicação aos casos concretos.

I Um critério ideal de decisão

Qualquer reconstituição histórico-sistemática das razões pelas quais o direito antitruste foi colocado, também no Brasil, no caminho seguro da consistência técnica, deverá atribuir posição de destaque à adoção, pelas autoridades, da *maximização do excedente agregado*³ como o “bem jurídico” que cabe a esse ramo do direito proteger e promover. Efetivamente, é difícil superestimar a magnitude do salto de qualidade que é decorrente do abandono do discurso sobre “ética na economia” ou “lealdade na concorrência” em favor de uma análise mais fria dos efeitos, sobre os excedentes do consumidor e do produtor, associados a uma conduta ou a um ato de concentração. O salto qualitativo deve-se sobretudo ao fato de essa reorientação metodológica garantir o “acoplamento estrutural” entre o direito antitruste e a ciência econômica, com a qual abre-se uma via de mão dupla a conectar esses dois âmbitos, estimulando um fluxo intensivo de informações e um amplo – mas limitado, como veremos – movimento de racionalização.

Não obstante, essa recepção faz com que o vínculo entre teoria e prática antitruste, de um lado, e ciência econômica, de outro lado, não apenas torne-se indissolúvel, mas assuma, em benefício da última, um caráter assimétrico. Falar em excedente econômico é adentrar um universo de conceitos e técnicas de análise desenvolvidos e administrados por economistas. Nesse universo, o jurista, com a sua resistência à matemática e à semântica frouxa, é um ser carente de justificação. Não é à toa que a oposição mais consistente a esse estado de coisas tenha se concentrado justamente no plano da definição dos “*antitrust goals*”, empunhando a bandeira da pluralidade de objetivos normativos e recomendando o método da

³ O *excedente agregado* é a soma dos excedentes do consumidor e do produtor. Sejam $i = 1, 2, \dots, n$, um índice para um consumidor genérico de um bem x qualquer, e q , a quantidade de x para a qual a oferta agregada de x é igual à demanda agregada de x . O excedente obtido por um consumidor i no consumo das q unidades de x é a soma das diferenças entre o preço que i estaria disposto a pagar por cada uma das q unidades de x e o preço que i deve pagar pela respectiva unidade. O *excedente do consumidor* é igual à soma dos excedentes obtidos por todos e cada um dos n consumidores no consumo das q unidades de x . Seja agora $j = 1, 2, \dots, m$, um índice para um produtor do bem x . O excedente de um determinado produtor j na venda de q unidades de x é a soma das diferenças entre o preço recebido na venda de cada uma das q unidades e o respectivo custo de produção. O *excedente do produtor* é igual à soma dos excedentes obtidos por todos e cada um dos m produtores de x na venda das q unidades desse bem.

“ponderação de valores” para os casos de “colisão”. Apesar de compreensível, essa reação é inadequada. Independentemente dos problemas inerentes aos fundamentos filosóficos dessa proposta,⁴ a sua incorporação, *em particular*, à prática da aplicação do direito antitruste no Brasil é um retrocesso em relação àquilo que já foi conquistado institucionalmente. Isso não significa que não existam boas razões para levarmos adiante a discussão crítica sobre as implicações e a consistência jurídica do “paradigma do excedente total”, mas isso tem que ser feito *na mesma linguagem e direção* em que está formulada a hipótese a ser criticada. O valor que o jurista pode agregar a essa discussão apenas existe – e tem que ser procurado – no *limite* do argumento econômico.

A) Bem-Estar Social, Excedente Total e o “Consumidor”

Quando alguém fala em “bem-estar social” no âmbito do direito antitruste, está referindo-se normalmente àquilo que os economistas denominam de “excedente total”, *i. e.*, à soma dos excedentes do produtor e do consumidor associados a uma certa alocação econômica, mas é importante atentar para o fato de que se trata de conceitos distintos. Rigorosamente, o bem-estar social é uma função do *bem-estar* dos indivíduos que compõem o grupo social tratado como relevante para os fins da análise do problema particular que se procura solucionar, ao passo que o excedente total é uma função da *riqueza* de consumidores e produtores em um determinado mercado. O bem-estar de um indivíduo é uma medida da satisfação das suas preferências e está expresso em *unidades de utilidade*; sua riqueza, por sua vez, é medida em *unidades monetárias*.

Na apresentação do modelo do equilíbrio parcial nos manuais de microeconomia, essa diferença é relativizada e os dois conceitos são assimilados por meio da hipótese simplificadora de que as preferências dos indivíduos são quase-lineares e que a utilidade individualmente atribuída a uma unidade do bem cujas demanda e oferta estão sendo estudadas é igual à “disposição para pagar”, revelada pelo indivíduo em questão, pela mesma unidade. Essa simplificação dispensa o analista da tarefa de encontrar uma função de bem-estar social que faça a passagem de um dado vetor de utilidades individuais – em princípio, incomparáveis do ponto de vista interpessoal – a um número real que represente a utilidade atribuída, *pelo grupo*, a uma determinada alocação do bem, número esse que pode ser obtido diretamente da *soma simples* dos excedentes obtidos pelos consumidores e produtores na referida alocação:

$$S(x) = C_s(x) + P_s(x) \quad (1)$$

onde $S(x)$ é o excedente total (também denominado de “excedente de Marshall”) associado à alocação x , e $C_s(x)$ e $P_s(x)$ são, respectivamente, os excedentes agregados do consumidor e do produtor em x .

⁴ Cf. L. F. Schuartz, “Nos limites do possível. ‘Balanceamento’ entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na Teoria de Robert Alexy”, in: *Norma, contingência e racionalidade. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*, Renovar, 2005.

É possível que não haja nada a objetar a essa construção do ponto de vista teórico, mas está longe de ser incontroversa sua transposição, *enquanto medida da finalidade normativa que cabe à Lei n.º 8.884/94 realizar*, para o plano da aplicação dessa lei. A origem da controvérsia está em que o critério do excedente total não se sustenta por si mesmo, pois só legitima-se por referência à, e enquanto uma boa aproximação para a expressão do *bem-estar agregado* de consumidores e produtores (ou melhor, dos indivíduos que são seus acionistas) relativo a uma dada alocação. Isso porque é a maximização do bem-estar social, e não a maximização do excedente – i. e., da riqueza – total, a finalidade normativa a promover,⁵ e a maximização do excedente total justifica-se enquanto tal apenas na qualidade de “representante” a eximir a autoridade antitruste de um ônus argumentativo que ela não seria capaz de suportar. Mais precisamente, a dificuldade é que, dadas uma função de bem-estar social W e preferências quase-lineares dos consumidores, o tratamento de (1) enquanto *medida de bem-estar social* é justificável somente se há alguma maneira de garantir a *redistribuição de riqueza* entre os indivíduos *de modo a maximizar o valor de W* .⁶ Para todos os efeitos práticos, entretanto, uma tal garantia não existe, com o que deixa de se impor a referida equivalência e, com ela, também (i) a aceitação condicionada da maximização do excedente total como a finalidade da aplicação da legislação antitruste e (ii) a prova da ausência de variação líquida negativa no mesmo excedente como condição *suficiente* para a licitude de condutas e a aprovação de atos de concentração econômica.

Note-se que, a rigor, a negação da hipótese da existência de uma “autoridade central” que se ocupe de transferir riqueza entre agentes pertencentes a um grupo social de forma a que se maximize o valor da função que representa o bem-estar do grupo, *não* afeta a validade da mencionada implicação quando $W(u_1, u_2, \dots, u_n) = \sum_{i=1}^n u_i$, i. e., W é a função de bem-estar do “utilitarismo clássico”.⁷ Nesse caso, entretanto, o problema só desaparece para reaparecer a seguir em uma roupagem reveladora. O problema retorna enquanto desconforto com o fato de que a soma das utilidades individuais é *insensível* à distribuição de *utilidades* (i. e., de

⁵ Seria necessária uma passagem pelo direito constitucional para fundamentar juridicamente essa afirmação de que, entre o objetivo da maximização do excedente total e o da maximização do bem-estar social, a autoridade antitruste deveria priorizar o último e incorporar o primeiro apenas como uma espécie de *proxy* para mensurar e avaliar normativamente os efeitos para o bem-estar social – mais precisamente, o bem-estar do grupo social formado pelos consumidores positiva ou negativamente afetados – associados a uma conduta ou um ato de concentração. O presente artigo não contém qualquer justificativa explícita para essa interpretação, pois está interessado unicamente em explorar e discutir as suas implicações. Para a defesa, em um nível mais geral, da posição contrária, ver as observações de Richard Posner, *The economics of justice*, 1981, especialmente p. 60-87.

⁶ Cf. Mas-Colell, Whinston e Green, *Microeconomic theory*, 1995, Cap. 10.

⁷ Cf. Mas-Colell, Whinston e Green, op. cit., p. 329. Nessa expressão, n é o número de indivíduos do grupo social em questão. Observe-se que, para fazer sentido, essa função requer que se tenha informação suficiente para identificar uma *unidade de utilidade* que seja válida do ponto de vista interpessoal, ou seja, que permita a conversão da escala nominal de utilidade de um indivíduo i na escala nominal de utilidade de um indivíduo j , para quaisquer $i, j \in \{1, 2, \dots, n\}$.

bem-estar) entre os indivíduos que compõem o grupo cujo bem-estar está sendo avaliado de acordo com essa função. Por exemplo, considere um grupo social com dois indivíduos, 1 e 2, e dois estados, x e y , e suponha que – após a identificação de uma escala de utilidade u comum aos dois indivíduos – tenhamos $u_1(x) = 5$, $u_2(x) = 5$, $u_1(y) = 0$ e $u_2(y) = 11$. Se o nosso critério para decidir qual dos estados é preferível do ponto de vista do grupo formado por 1 e 2 é a soma das suas utilidades individuais em cada um desses dois estados, então, fazendo $u_1(x) + u_2(x) = 5 + 5 = 10 < 11 = 0 + 11 = u_1(y) + u_2(y)$, devemos concluir que y é socialmente preferível a x , não obstante o tratamento radicalmente assimétrico dispensado ao bem-estar de 1 e 2 nesse estado.

Essa roupagem do problema é reveladora, uma vez que reflete, por assim dizer no “espaço primário” da distribuição de bem-estar no interior de determinado grupo de indivíduos, uma versão análoga no “espaço secundário” da distribuição de riqueza entre consumidores e produtores em um mercado. Trazendo a discussão para o terreno do direito antitruste, essa versão alimenta e está por trás da crítica ao “paradigma” do excedente total e da proposta de focalização no interesse do “consumidor” como o *único* digno de proteção na legislação antitruste.⁸ Ainda que seja incorreto sustentar a “inconsistência teórica” (e, com mais razão, a “inconsistência lógica”) da aplicação do *standard* do excedente total à análise antitruste, é procedente a afirmação de que, com o rompimento (empírico e operacional) de sua conexão com a idéia de bem-estar social, ele se torna insuficiente como critério de decisão e reclama um substituto ou complemento que *não seja neutro* em relação à *questão da distribuição de riqueza* entre os agentes afetados. A reclamação vale, sobretudo, em países como o Brasil, em que a intuição ética dificilmente deixaria passar uma função de bem-estar social que não respondesse negativamente, ao menos sob certas condições, a transferências de riqueza dos consumidores aos produtores que resultassem do exercício de poder de mercado por parte desses últimos.

Se a agregação do bem-estar de cada indivíduo de um grupo social por meio de uma função de bem-estar social não deve ser insensível à distribuição de utilidades entre os indivíduos do grupo, e se *assumimos*, para esses indivíduos, uma relação funcional entre utilidade e riqueza tal que, no âmbito do direito antitruste, uma distribuição de utilidades seja tanto menos “aceitável” do ponto de vista social quanto menos “equitativa” for a distribuição de riqueza entre os consumidores e produtores diretamente afetados por uma conduta ou um ato de concentração econômica, então tem-se que o critério do excedente total *não deve* ser tratado como *decisivo* para o juízo a respeito da licitude da conduta ou da apro-

⁸ Ver, por exemplo, Fisher, Johnson e Lande, “Price effects of horizontal mergers”, *California Law Review*, v. 77, 4, July 1989, e Jorge Fagundes, *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência*, Editora Singular, 2004.

vação do ato de concentração.⁹ Mas se esse critério não é decisivo, ou seja, se ele não pode ser tratado como suficiente para suportar uma decisão em um ou outro sentido, então qual deveria ser esse critério?

Os autores que defendem o *price standard* respondem que o critério decisivo deveria ser o nexo causal entre a conduta ou o ato de concentração, de um lado, e uma variação líquida negativa no excedente do consumidor, de outro lado.¹⁰ Em outras palavras, *não importa o quanto o produtor for ganhar*; se o consumidor for perder (tipicamente, na forma de um aumento de preços que produza uma redução na quantidade demandada e uma transferência de riqueza do seu bolso para o do produtor), então a autoridade deve intervir preventiva ou corretivamente. Há quem diga que o *price standard* pode ser lido diretamente da Lei nº 8.884, em particular de seus arts. 1º e 54, § 1º, II, e § 2º, mas a tese não é correta. Com efeito, as remissões legais apontam exclusivamente, explícita ou implicitamente, para o consumidor – ou “usuário”, em se tratando da prestação de serviços – final, e toda inferência que procure *estender* automaticamente aos *demandantes do produto relevante* o destaque e os supostos privilégios normativos conferidos, expressamente, aos consumidores finais, é uma evidente extrapolação.

Mas o principal argumento para a rejeição, respectivamente, da maximização do excedente do consumidor como finalidade última a promover, e do *price standard* como critério único de decisão no direito antitruste, é mais sistemático e não está tão à mostra na superfície da lei. O ponto é que o foco exclusivo no demandante é totalmente insensível a características *suas* – por exemplo, o seu poder econômico *vis-à-vis* aquele do ofertante, a estrutura do seu capital, sua nacionalidade e localização geográfica etc. – que podem ser determinantes para julgarmos se, no Brasil, são positivos ou negativos os efeitos de uma conduta ou um ato de

⁹ De novo, a afirmação de que os valores de uma função de bem-estar social “justificável do ponto de vista jurídico” decrescem à medida que se torna menos “equitativa” a distribuição de riqueza entre produtores e consumidores, deve ser tomada aqui apenas como suposição adicional no contexto da análise das implicações da hipótese de que o objetivo do direito antitruste é a maximização do bem-estar social, e não a maximização da soma das riquezas de produtores e consumidores. A suposição não é completamente arbitrária, no entanto, uma vez que pode-se encontrar para ela pontos de apoio – mais ou menos indiretos – na Constituição Federal e na Lei nº 8.884/94.

¹⁰ Cf. os textos mencionados na nota de rodapé 8. Na análise competitiva de atos de concentração em que é provável o exercício de poder de mercado pela requerente, o critério impõe que tais atos só sejam aprovados se geram reduções nos custos marginais suficientes para que aquela não tenha incentivos para aumentar seus preços, *i. e.*, ela maximize seus lucros escolhendo uma quantidade do produto que é maior ou igual à ofertada antes da operação. Estes comentários têm que ser temperados com a observação de que, nas jurisdições norte-americana e da União Européia, há um decidido viés em favor do consumidor (final e intermediário). O art. 2º da *Merger Regulation* da Comissão Européia, por exemplo, afirma que, na análise de atos de concentração, a Comissão levará em conta “the interest of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress, provided that it is to consumers’ advantage and does not form an obstacle to competition.” Ver Neven e Röller, “Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control”, CEPR, *Discussion Paper* #2620, 2002, para uma justificativa baseada nas características do ambiente institucional em que opera o órgão antitruste, um argumento com o qual simpatiza o presente artigo. Cf. a Seção I.C.

concentração sobre o *bem-estar social*. Por exemplo, se o “consumidor” é uma subsidiária integral de um grande conglomerado controlado por uma única família, e o ofertante é uma sociedade de capital aberto cujo controle está diluído nas mãos de milhares de pequenos investidores, é algo que *pode* não ser irrelevante do ponto de vista de um bem-estar social *assumido* como não-neutro em relação à distribuição de riqueza entre agentes econômicos no interior da mesma cadeia produtiva. O *peso relativo* que essas características dos agentes envolvidos deveriam receber na avaliação final da autoridade, em comparação ao atribuído à probabilidade e às perdas associadas ao exercício de poder de mercado pelo produtor, é outra questão. O importante é que tal peso relativo não seja *aprioristicamente* definido como sendo igual a zero.¹¹

B) Do Cálculo de Excedentes à Comparação Ponderada dos Custos e Benefícios dos Agentes Diretamente Afetados

Nem tudo ao produtor, nem tudo ao “consumidor”, portanto. Se essa é a conclusão, então é natural que pensemos em um critério de decisão que parta de uma versão modificada de (1) como expressão que é suficientemente geral para dar conta das qualificações discutidas na seção precedente:

$$S_{\alpha}(x) = \alpha_c C_s(x) + \alpha_p P_s(x), \quad (2)$$

onde α_c e α_p denotam, respectivamente, os *pesos relativos* do excedente do consumidor e do produtor; α_c é fixado como igual a 1, e $\alpha_p \in \{0,1\}$ com valor a escolher pela autoridade à luz das características do caso concreto. O critério de decisão pode então ser obtido de (2) do modo habitual, é dizer: um ato de concentração cujo efeito esperado é que a alocação x deve ser aprovado se e só se

$$\Delta S_{\alpha}(x) \geq 0, \quad (3)$$

sendo $\Delta S_{\alpha}(x)$ a variação, no valor de S_{α} , associada à passagem da alocação original para a alocação x .

Para perceber que (2) é uma generalização de (1), basta tomar $\alpha_c = \alpha_p = 1$. Note-se que (2) também serve para generalizar o “paradigma do excedente do consumidor”, bastando que se faça $\alpha_c \neq \alpha_p = 0$, para este ser obtido a partir daquela. Em uma direção ainda mais geral, podemos prescindir de referências específicas ao “consumidor” e ao “produtor” como termos que denotam, agregada ou isoladamente, os agentes cujos “excedentes” deverão ser ponderados e somados para fins de avaliação social, e trabalhar, simplesmente, com a idéia de que condutas e atos de concentração geram perdas e ganhos monetários para os

¹¹ Poder-se-ia contra-argumentar no sentido de que, seja qual for a etapa produtiva em que ocorrer o aumento de preços, seus efeitos negativos far-se-ão sentir, de uma forma ou de outra, pelos consumidores finais. Esse argumento, porém, tem natureza empírica, não havendo garantia de que será verdadeiro em quaisquer casos, e tampouco, em consequência, razão *teórica* para excluir-se *a priori* a admissibilidade jurídica do argumento no sentido apontado.

agentes econômicos por eles diretamente afetados, que essas perdas e ganhos devem ser ponderadas de acordo com algum critério que leve em conta quem são os perdedores e ganhadores e, finalmente, que tais condutas e atos de concentração devem ser avaliados como socialmente desejáveis se e só se os ganhos totais (ponderados) superam as perdas totais (ponderadas). Sejam: $\alpha = (\alpha_d, \alpha_p)$; α_d , o peso relativo a ser atribuído às perdas (reais ou esperadas) dos demandantes do produto relevante (ou representantes, em caso de processo administrativo); α_p , o peso relativo atribuído aos ganhos (reais ou esperados) da empresa resultante do ato de concentração (ou representado) e suas concorrentes; B_{α_0} , os ganhos privados associados à conduta ou ao ato de concentração, devidamente ponderados; C_{α_d} , as perdas privadas que resultam da conduta ou do ato de concentração, também ponderadas.¹² Então (2) pode ser substituída pela expressão

$$G_{\alpha}(x) = B(x) - C_{\alpha_d}(x), \quad (4)$$

onde $G_{\alpha}(x)$ é o ganho social líquido correspondente à alocação x , produzida pela conduta ou o ato de concentração. O correspondente critério de aprovação (ou licitude) passa então a ser

$$\Delta G_{\alpha} \geq 0, \quad (5)$$

Observe-se que os ganhos B_{α_0} devem incluir não apenas as reduções de custos geradas pelo evento em questão, mas também o valor $\sum_{i,j} \theta_{ij}(\Delta L_j)$, onde $\theta_{ij}(\Delta L_j)$ está para a fração que o acionista (pessoa física) i da empresa j – que pode ser ou a empresa resultante da operação (ou a representada, no caso de conduta anticompetitiva) ou suas concorrentes no mercado relevante – recebe ou irá receber do acréscimo nos lucros da empresa de que é acionista, viabilizado pelo exercício real ou esperado de poder de mercado por parte da empresa que resulta da operação.¹³ As perdas C_{α_d} , por sua vez, incluirão, além da perda de peso morto produzida por este exercício (i. e., o valor, não apropriado pelo produtor, que corresponde à

¹² Assim como antes, $\alpha_d = 1$ e $\alpha_p \in \{0,1\}$.

¹³ Essa inclusão é consistente com a hipótese de que o critério de decisão presta contas, em última instância, à função de bem-estar social, e que esta não é insensível a como será distribuída a riqueza entre os acionistas pessoas físicas dos produtores e dos demandantes. Para evitar a dupla contagem, ΔL_j não deve incluir o aumento nos lucros associado aos ganhos de eficiência decorrente da conduta ou do ato de concentração, mas apenas o lucro adicional viabilizado pelo aumento nos preços no qual se manifesta o exercício de poder de mercado por parte da empresa resultante da operação. Uma questão importante que surge neste contexto é a seguinte: a contabilização dos ganhos dos acionistas pessoas físicas que são decorrentes do exercício de poder de mercado por parte da empresa que resulta de um ato de concentração é compatível com o art. 54, § 1º, II, da Lei nº 8.884/94? Em princípio, a avaliação exigida na aplicação da lei só contempla, “de um lado”, as empresas envolvidas na operação (as “participantes do ato”) e, “de outro lado”, os demandantes do produto relevante. Porém, essa posição admite exceções. A inclusão dos ganhos dos acionistas pessoas físicas no cálculo é uma implicação do tratamento do bem-estar social como objetivo a promover, e enquanto tal não pode ser ignorada do ponto de vista estritamente teórico. Se a aceitação dessa implicação teórica torna a análise excessivamente complexa e deve ser rejeitada “na prática”, i. e., no exame dos casos concretos, é uma outra questão, que será abordada na Parte II.

quantidade que deixa de ser demandada e ofertada em decorrência do aumento nos preços), também a riqueza transferida dos demandantes à empresa responsável pelo aumento do seu preço, em razão do aumento.

C) Teoria, “Capacidades Institucionais” e o Custo Social da Decisão

Há duas interpretações possíveis e, em princípio, não mutuamente excluídas, para (4). A *primeira* interpretação vê em (4) a expressão de uma condição necessária e suficiente para a licitude de condutas e a aprovação de atos de concentração, que se impõe externamente aos processos de decisão da autoridade antitruste. De acordo com a *segunda* interpretação, (4) é o resultado de uma “reconstrução racional” exclusivamente das *regras de argumentação* em parte explícitas, e em parte implícitas, vigentes nesses mesmos processos decisórios. No primeiro caso, tanto a condição como os valores dos pesos relativos – que são elementos constitutivos do conceito de ganho social líquido – podem ser identificados objetivamente pela autoridade aplicadora, seja a partir da lei, seja a partir das características do caso concreto; no outro, são ambos extraídos *a posteriori* da fundamentação das decisões e das expectativas normativas dos envolvidos nos procedimentos de aplicação da lei (advogados, economistas e autoridades) relativamente ao que pode “contar” como lance válido em suas interações argumentativas.

Nesse último sentido, o que se infere indutivamente da observação e análise da prática de aplicação da lei irá ressurgir, enquanto *padrão normativo* de argumentação e de decisão, no formato de um delimitador e mapa do terreno apenas no interior do qual as afirmações são *reconhecíveis, institucionalmente*, como “argumentos antitruste”. Em outras palavras, (4) define aquilo que está fora e o que está dentro do jogo, vale dizer: se, *independentemente de seu valor de verdade*, um dado argumento *qualifica-se, em princípio*, como argumento antitruste – ou se é algo a ser sumariamente descartado, na melhor das hipóteses como erro escusável de alguém menos avisado. A imagem sugerida por essa segunda interpretação é a de um retângulo que delimita o espaço de argumentação no exterior do qual argumentos “não contam” do ponto de vista antitruste, e no interior do qual as partes estão inteiramente livres para usarem argumentos relacionados aos dois conjuntos de temas a que se referem as variáveis que aparecem em (4), a saber, B_{α_j} e C_{α_j} . Essas variáveis, por sua vez, estão representadas por cada um dos lados do retângulo, cujos comprimentos, que simbolizam a relevância da respectiva temática para o julgamento do caso concreto, são determinados pelos pesos relativos – i. e., os α 's – correspondentes.¹⁴ Ao final, se o caso assim o exigir, a análise pode

¹⁴ Um caso particular ocorre se $\alpha_j = 0$, situação em que o retângulo degenera e o espaço de argumentação *aceitável* se reduz. Um exemplo estaria em atos de concentração em que há “eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante” e não se aplica a hipótese excepcional do art. 54, § 2º. O equivalente no lado das infrações da ordem econômica seriam as condutas capazes de resultar em redução não desprezível do excedente agregado dos consumidores finais por elas afetados. Em se tratando de um ato de concentração que venha a afetar mercados relevantes nos quais os demandantes sejam “consumidores ou usuários finais”, existem fortes argumentos para se defender a obrigatoriedade da substituição de (4) pelo *price standard*, na medida em que o legislador parece ter se posicionado rígida e absolutamente pela não-autorização de atos de concentração que possam

desembocar na necessidade de algum estudo quantitativo para a determinação de C , B e α_p , mas o usual é que os temas, e seus pesos relativos, cumpram apenas uma função “tópica”, ou seja, sirvam para marcar, genericamente, posições a serem preenchidas por argumentos predominantemente qualitativos, diante dos quais a autoridade possa dar-se legitimamente por satisfeita.

A primeira interpretação (vale dizer, que (4) expressa uma condição necessária e suficiente para a aprovação de um ato de concentração pela autoridade antitruste) não deve ser levada adiante. Nenhuma lei antitruste – e a nossa, a Lei nº 8.884, não é exceção – é, textualmente, tão limitante como ela supõe. Ao contrário, o conjunto de interpretações que são compatíveis com o texto legal é tão includente, que nem mesmo as concepções mais esdrúxulas do que é um ilícito antitruste ou das condições de aprovação de atos de concentração podem ser, *prima facie*, eliminadas como leituras possíveis. O caso concreto, por sua vez, é ainda menos impositivo. A seleção de determinado atributo em detrimento de outro pressupõe um critério de relevância que é externo ao caso e só pode ser fornecido por uma “teoria”, i. e., um conjunto mais ou menos racionalizado e sistemático de proposições que façam a mediação entre o texto legal e as atividades de sua interpretação e aplicação – sobretudo no âmbito antitruste, em que a presença de uma teoria que cumpra esse papel de mediação é amplamente reconhecida.

Em nenhum outro ramo do direito é tão intensa e abrangente a influência do conhecimento científico na determinação não apenas do conteúdo dos conceitos, mas também do *tipo de argumento* utilizado na preparação e justificação das decisões das autoridades. O processo de decisão das autoridades antitruste pode ser adequadamente descrito como um “problema de otimização com restrições”, mais precisamente, um problema de maximização de uma *função que transforma inputs de teoria econômica em decisões juridicamente vinculantes*, sujeita às restrições impostas pelas *capacidades das instituições estatais* envolvidas nessas decisões e a *necessidade de manter a diferenciação entre direito e economia aplicada*. Essa caracterização pode parecer obscura, mas ela na verdade nos ajuda a entender, e qualificar, a hipótese

prejudicá-los. De acordo com o que me parece ser a melhor interpretação jurídica do art. 54 da Lei nº 8.884/94, atos notificados nos termos do art. 54 *jamais* poderão “causar prejuízo” aos *consumidores finais*, vale dizer, somente poderão ser autorizados quando não produzirem reduções no “excedente do consumidor”. Nesses casos, tais atos devem ser avaliados segundo o *price standard*, seguindo-se daí que o argumento de eficiências localizar-se-á *no mesmo plano* que os demais argumentos tradicionalmente admissíveis e utilizáveis para provar que o ato não aumenta a probabilidade de exercício de poder de mercado (e. g., entradas são prováveis, suficientes e tempestivas, o grau de rivalidade pós-operação é elevado, as importações são elásticas o bastante para evitar aumentos nos preços etc.). Por outro lado, quanto mais “distante” do consumidor final estiver o demandante do produto relevante na cadeia produtiva e implausível for a suposição de que eventuais aumentos nos preços do produto relevante afetarão indiretamente o consumidor final (via repasses ao longo da cadeia), menos cogente será o recurso ao *price standard* para fins de uma avaliação global dos impactos competitivos associados ao ato, e mais aceitável será o recurso ao argumento de eficiências no sentido propriamente “compensatório”, i. e., de um ganho social que compensa um *prejuízo social visto como esperável porém juridicamente admissível*. Quando se puder assumir, com segurança, que os efeitos esperados associados ao ato são neutros da perspectiva dos consumidores finais, o ato deve ser analisado em conformidade com o modelo de um cálculo custo-benefício que não diferencie os pesos atribuídos aos benefícios dos ganhadores e aos custos dos perdedores.

de que (4) e (5) traduzem as regras – a identificar, explicitadas ou implícitas, nas argumentações de advogados, consultores e autoridades – que definem o *in* e *out* do direito antitruste.

Eu vou ilustrá-la com a análise de atos de concentração econômica (o mesmo argumento se deixa transpor para a investigação de condutas anticompetitivas, com pequenos ajustes). A decisão de aprovar ou não aprovar um ato de concentração é tomada a partir de uma análise que segue fielmente – não só no Brasil, mas também em quase todas as demais jurisdições – um algoritmo simples.¹⁵ Se supomos que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar algo semelhante a (4), o sucesso e a resistência desse algoritmo são difíceis de justificar. De fato, com a incorporação de técnicas econométricas e modelos de teoria dos jogos à análise, é possível responder *diretamente* à questão se $\Delta G_\alpha \geq 0$, *i. e.*, calcular os ganhos líquidos associados ao ato de concentração em vez de percorrer, mecanicamente, as etapas em que consiste o algoritmo – muitas das quais definidas por presunções bancadas apenas por razões qualitativas e pontos de parada arbitrários. No entanto, aquilo que, em teoria, é no melhor dos casos um *second-best* metodológico, pode converter-se na solução preferida do ponto de vista social quando contabilizarmos os custos com a tomada da decisão e os custos associados a decisões eventualmente equivocadas, e modificamos, correspondentemente, a função a ser maximizada:

$$G_\alpha(x(\beta, y), y) = G_\alpha(x(\beta, y)) - [CD(\beta, y) + p(B, y)CE], \quad (6)$$

onde *CD* são os custos com a tomada da decisão; *CE*, os custos com a decisão equivocada (*e. g.*, a decisão que aprova o ato de concentração que gera uma perda líquida de bem-estar social, ou que não aprova o ato de concentração que gera um ganho líquido de bem-estar social); *y*, uma variável que representa o valor dos recursos despendidos para determinar se $\Delta G_\alpha \geq 0$; ¹⁶ β , um número pertencente ao intervalo $[0, 1]$, que reflete as “capacidades institucionais” da autoridade para levar a cabo a referida determinação; e *p*, a probabilidade de uma decisão equivocada. Supõe-se que *CE*, o dano produzido pela decisão equivocada (por exemplo,

¹⁵ O algoritmo é uma criação dos norte-americanos e encontra expressão nos *Guidelines* publicados pela FTC e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. Dos Estados Unidos, ele se difundiu para os demais países – no Brasil, encontra-se substancialmente reproduzido no *Guia Conjunto SEAE/SDE para Análise de Atos de Concentração Econômica*.

¹⁶ A rigor, *CD* é a soma dos gastos públicos e privados (por exemplo, os gastos das empresas com advogados, consultores econômicos, alocação do tempo de executivos para a produção de provas e a participação em reuniões, realização de viagens etc.) necessários para a tomada da decisão. No que segue, porém, estaremos supondo, para nos focarmos no problema de decisão da autoridade, que o valor de *CD* é determinado somente pela variável *y*, o dispêndio escolhido pela autoridade. Uma justificação mais substantiva para esta suposição poderia partir da hipótese de que o gasto privado é – indiretamente pelo menos – determinado pela tolerância e as sinalizações da autoridade em relação ao tipo e aos pesos relativos das provas que podem contar para o seu convencimento. A suposição, de qualquer maneira, não afeta substancialmente os resultados da análise, e pode ser relaxada, assim como a suposição de que os custos públicos limitam-se aos custos das autoridades administrativas envolvidas, primariamente, na aplicação da Lei – e não incluem os custos do Poder Judiciário com o julgamento de impugnações.

o valor das eficiências produtivas que deixaram de ser realizadas em razão de uma decisão de não-aprovação), também é dado exogenamente. Supõe-se ainda que p é uma função decrescente em β e y , de tal maneira que, quanto mais “capaz” a autoridade e maior o seu dispêndio de recursos para concluir a análise, menor a probabilidade de erro. É razoável imaginar que CD seja menor quanto mais próximo de 1 estiver β . De todo modo, para um dado valor de β , o valor de CD cresce à medida que y cresce, verificando-se, logo, um *trade-off* entre os valores de CD e pCE (i. e., o dano social esperado associado à decisão equivocada).

Observe-se, finalmente, que, se duas distintas metodologias de análise associadas a níveis de dispêndio y_1 e y_2 , respectivamente, resultam em decisões às quais corresponde a mesma alocação x , segue que $y^* \in \{y_1, y_2\}$ maximiza (6) se, e somente se, dado um valor de β , y^* minimiza $CD + pCE$. Em outras palavras, sejam quais forem as capacidades institucionais da autoridade antitruste e a alocação x^* que maximiza os ganhos líquidos expressos em (4), o objetivo a promover é maximizado quando a autoridade escolhe um nível de dispêndio que minimiza o valor de S , i. e., a soma dos custos com a decisão e o custo esperado de uma decisão equivocada. Essa é uma implicação extremamente importante, pois sugere que o algoritmo convencional pode ser melhor que a alternativa supostamente mais sofisticada teoricamente se for plausível imaginarmos que, em média, aquele produz um valor menor para S que esta – em especial para valores de β abaixo de um certo patamar “crítico” –, e ambas as metodologias tendem a desembocar na mesma alocação x (ou em alocações x_1 e x_2 “suficientemente indistinguíveis” entre si do ponto de vista prático) como a que maximiza o valor de (4).¹⁷

É difícil afirmar, sem um amplo estudo empírico e comparativo, algo acerca dessa questão que tenha validade geral, mas há razões para acreditarmos em uma resposta favorável ao algoritmo (e, possivelmente, mais favorável a algoritmos com pontos de parada que sejam ainda mais simples e “arbitrários” se medidos segundo padrões de exigência acadêmicos).¹⁸ Em primeiro lugar, CD é uma função crescente em y (por hipótese), e y tende a ser maior quanto mais complexo for o processo de análise. Em segundo lugar, se β é menor que um determinado valor crítico, não é implausível assumir que *tanto* a probabilidade de erro p , *como* o custo do erro CE , podem *aumentar*, em média, com o aumento da complexidade da análise.

¹⁷ O resultado é imediato se supomos que x é, de fato, a alocação econômica que maximiza (4). O argumento torna-se realmente informativo e interessante quando partimos da premissa – muito mais realista, obviamente – de que o problema da autoridade é um problema de decisão sob incerteza, e que a probabilidade de erro p é sempre estritamente positiva. Por outro lado, e para evitar mal-entendidos, deve-se notar que a alocação a ser escolhida pela autoridade antitruste é um elemento de um conjunto definido por sua competência (no sentido jurídico). Ou seja, a autoridade não é livre para escolher uma alocação supostamente ideal, mas deve limitar-se a um conjunto formado, basicamente, pelas alocações correspondentes às decisões de aprovação irrestrita, não-aprovação, e aprovação condicionada a alguma restrição (neste último caso, com um número reduzido de variantes).

¹⁸ Para uma defesa sofisticada, em nível geral, de um “formalismo qualificado” na aplicação do direito – por oposição à busca da solução ótima *on-the-spot*, ver Schauer, *Playing by the rules*, Clarendon Press, 1991; ver também Sunstein, “Must formalism be defended empirically?”, *The University Of Chicago Law Review*, 66, 3, 1999, p. 636-679.

se. Em terceiro lugar, mesmo que isso não se confirme, ou seja, que uma análise mais complexa provoque em regra, simultaneamente, um aumento de CD e uma redução de pCE , o primeiro efeito tende a sobrepor-se ao segundo (na margem) *a partir de um certo grau de complexidade*, é dizer: haverá um grau de complexidade da análise a partir do qual o custo marginal do incremento de complexidade, em termos de um custo superior de decisão, será superior ao seu benefício marginal, em termos de uma redução do custo social esperado de uma decisão equivocada. O ponto é reforçado, em quarto lugar, quando reintroduzimos no cômputo de CD , enquanto variável independente, os gastos *privados* incorridos pelas partes (requerentes e interessadas). De fato, além do efeito óbvio da adição de um número positivo (em regra, extremamente elevado) ao valor dos recursos despendidos pelas autoridades e do conseqüente aumento de CD , a elevação dos gastos privados pode estar associada também à *não-redução* do valor de pCE (contrariamente à hipótese adotada que pCE é decrescente em y). A razão é a seguinte: suponha-se que p seja a *freqüência* com que erros são cometidos e que os erros de decisão são basicamente de dois tipos, a saber, aprovação com $\Delta G_a < 0$, e não-aprovação com $\Delta G_a \geq 0$. Considerando-se a superioridade de informações e recursos que marca a posição das requerentes em relação à da autoridade, é de esperar que o erro do primeiro tipo ocorra com uma freqüência superior à freqüência da ocorrência de erros do segundo tipo. Isso sugere que há nas decisões das autoridades um viés pró-participantes que é relativamente sistemático. Esse viés é certamente relativizado nos casos de impugnação, sobretudo quando se trata de impugnação tecnicamente sofisticada e realizada por um rival com poder financeiro comparável. Contudo, como a presença de um rival *estrategicamente orientado* não elimina o problema da assimetria de informação e recursos em detrimento da autoridade, nem tampouco produz, por si, qualquer alinhamento entre interesses privados e públicos, não há motivo para acreditar na redução necessária seja da probabilidade, seja do custo do erro. Pelo contrário, e como mostram experiências recentes, a impugnação tende a aproximar o julgador do árbitro de um conflito privado, e a decisão, de uma opção entre um e outro tipo de erro.

Essa lista de razões que depõem a favor do algoritmo pode ser estendida, por exemplo, na direção de um argumento evolucionário que inferisse, de sua longevidade e predominância, uma maior *fitness* relativamente à alternativa da otimização *on-the-spot*, mas o ponto que a argumentação precedente pretendia ilustrar já está suficientemente à mostra. A idéia é que o velho algoritmo convencional justificasse enquanto resultado de uma “decisão de segunda ordem”,¹⁹ i. e., a decisão acerca da melhor estratégia para redução dos problemas associados à tomada da “decisão de primeira ordem”, no caso, a decisão de aprovar ou não aprovar um ato de concentração segundo o critério formulado em (5). O sistema jurídico está permeado

¹⁹ Cf. Sunstein e Ullmann-Margalit, “Second-order decisions”, *Ethics*, 110, outubro 1999. Essa idéia é uma particularização de uma concepção teórica mais geral, que costuma ser denominada de “*consequencialismo indireto*”. Ver, por exemplo, Alexander, “Pursuing the good – indirectly”, *Ethics*, 95, janeiro 1985, p. 315-332.

por decisões de segunda ordem de diferentes tipos. Esses tipos são definidos de acordo com a forma como os custos totais (i. e., custos de decisão e custos com erro) distribuem-se entre o *ex ante* da decisão de segunda ordem e o *ex post* da decisão de primeira ordem. A escolha do algoritmo, nesse contexto, é a opção por uma estratégia do tipo **ALTO-BAIXO**, ou seja, que requer um esforço inicial significativo para viabilizar, no estágio seguinte, um custo de decisão relativamente pequeno, especificamente: **ALTO** custo de *elaboração* de uma regra (i. e., as etapas do algoritmo),²⁰ **BAIXO** custo de *execução* da regra (i. e., de implementação do algoritmo) – um perfil intertemporal particularmente adequado para decisões recorrentes que seguem a mesma lógica e afetam interesses privados cuja satisfação requer boa dose de planejamento e segurança jurídica.

Esse perfil não se altera, essencialmente, quando a rigidez do algoritmo é radicalizada pela combinação criativa entre regras automáticas de parada e presunções não absolutas. Se isso é feito conscientemente, ao contrário, o resultado pode ser: mais racionalidade a um menor custo. Pense-se, por exemplo, em uma regra que interrompa o processo de análise quando a participação de mercado resultante do ato de concentração seja superior a certo limite – e a contribuição da operação para o resultado, medida, digamos, pela variação do IHH,²¹ esteja fora de questão. Agentes econômicos que vislumbrem operações com essas características saberão, antecipadamente, que sua aprovação estará condicionada a algum tipo de restrição e poderão incluir este dado o quanto antes nas suas negociações entre si e – caso a operação se realize – com a autoridade. A lei brasileira, aliás, parece impor uma solução parecida ao proibir que se aprovem irrestritamente operações que “eliminem a concorrência em parte substancial do mercado relevante”. Com isso, o debate substantivo poderia deslocar-se da análise de eficiências (a parte mais especulativa e intransparente do processo de avaliação) para a etapa da definição do mercado relevante e a identificação de seus participantes e das respectivas participações.²²

²⁰ Em países como o Brasil, em que o algoritmo foi incorporado apenas com ligeiros ajustes, esse custo inicial é pouco significativo.

²¹ IHH é uma abreviação para “índice Herfindahl-Hirschman”, empregado tradicionalmente para mensurar o grau de concentração de um mercado e verificar, de forma presumida, a existência de “nexo de causalidade” entre a realização de um ato e o aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado no mercado em questão. O valor do índice é calculado somando-se os quadrados das participações de mercado das empresas integrantes do mercado relevante, e a verificação do nexo de causalidade faz-se mediante a comparação entre os valores pré e pós-operação. Os limites utilizados no Brasil são, normalmente, os definidos nos *Merger Guidelines* da FTC e da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americanos, mais precisamente, no seu item 1.5.

²² Essa sugestão assume a necessidade de relativizarmos o caráter dicotômico da opção entre o *dominance test* e o *substantial lessening of competition test*, enquanto testes substantivos para a avaliação de atos de concentração econômica. A lei brasileira adotou um regime misto, em que o teste da eliminação substancial da concorrência deve ser aplicado salvo na hipótese do art. 54, § 1º, III (vale notar que “redução substancial da concorrência” não é, necessariamente, o mesmo que “eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante”).

D) “Heurísticas e vieses” na apreciação de atos com base no art. 54

O direito da concorrência pode ser entendido como caso particular de *regulação de riscos*, i. e., de normas que restringem a liberdade decisória de agentes econômicos (juridicamente qualificáveis) fundamentadas na idéia de que algumas de suas decisões têm que ser evitadas enquanto causas *prováveis* de externalidades contra as quais outros devem ser *protegidos*. Nesse sentido, o *risco* de que condutas de um agente detentor de posição dominante em um mercado relevante venham a prejudicar outros agentes é algo *conceitualmente inseparável* do próprio fundamento jurídico desse tipo de regulação. Isso se manifesta – ao contrário do que poderia parecer à primeira vista – não só na apreciação prospectiva de atos submetidos nos termos do art. 54, mas também na investigação retrospectiva de condutas nos termos do art. 20. Com efeito, não é outra a razão pela qual o art. 14, II, atribui à SDE a competência de “acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e os documentos necessários [...]”. A rigor, essa diferenciação entre o olhar “prospectivo” e o olhar “retrospectivo” só procede se referir-se a um futuro e um passado relativamente ao “tempo real” em que as avaliações estão sendo feitas pela autoridade; em “tempo lógico”, trata-se, em *ambas* essas hipóteses, de um juízo prospectivo: na investigação de condutas, o procedimento metodológico adotado pelo julgador é, *inicialmente*, colocar-se na posição do agente que adotou a conduta investigada, ao tempo (passado) em que a adotou; mas, a partir daí, o juízo não tem como prescindir de uma visão do futuro – sempre combinada com uma análise das condições econômicas vigentes no momento da adoção da conduta investigada. Isso vale *inclusive* nos casos de condutas caracterizadas como infrações à ordem econômica “em razão do objeto”, nos quais à prova da intenção específica deverá juntar-se a prova de que tais condições objetivas eram tais que faziam da conduta um meio “não absolutamente ineficaz” para a obtenção – futura – do estado de coisas almejado (e listado em algum dos incisos do art. 20).²³

Essa necessária referência ao futuro nos juízos envolvidos nos procedimentos de aplicação do direito antitruste acentua a natureza das decisões adotadas pelo CADE no âmbito desses procedimentos como *decisões sob incerteza*, i. e., como escolhas cujos resultados dependem da identidade de “estados do mundo” cuja ocor-

²³ O *caput* do art. 20 da Lei nº 8.884/94, o qual introduz, como se sabe, o conceito jurídico de “infração da ordem econômica”, possui uma estrutura semântica – vale dizer, apresenta esse conceito de modo – *dual*: a infração se caracteriza pela presença *seja* (i) do *propósito* “objetivamente visado” de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; *seja, ainda*, (ii) da *elevada probabilidade* de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina o *caráter intencional* da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o *risco objetivo*, a ela relativo, da sua contribuição para produção do efeito. A visão prospectiva que é constitutiva em qualquer procedimento de avaliação competitiva no direito da concorrência faz-se presente de um modo óbvio neste último caso.

rência o decididor não pode determinar com certeza. Segundo a teoria canônica,²⁴ decisões sob incerteza devem ser tomadas com vistas à maximização da “utilidade esperada” do decididor. Numa tradução apropriada, isso seria o mesmo que exigir do CADE que escolhesse a alternativa de decisão a que se associasse o máximo ganho social líquido esperado,²⁵ definido como a soma dos produtos entre o ganho social líquido verificado em cada um dos estado do mundo, e a probabilidade de ocorrência do respectivo estado do mundo (e possivelmente incorporando pesos atribuídos aos ganhos e perdas que compõem, como parcelas, cada ganho líquido). Na realidade, as informações necessárias para a *validação objetiva* de uma decisão que pretendesse basear-se no critério canônico jamais tornam-se disponíveis concretamente. Por exemplo, estimativas confiáveis das probabilidades associadas aos eventos capazes de afetar sensivelmente os resultados da decisão permanecerão completamente desconhecidas pela autoridade ao longo do processo decisório. Nas avaliações competitivas de atos notificados nos termos do art. 54, em que as conclusões apresentam-se como respostas a questões acerca do “aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado” decorrente da consumação do ato em questão, o *fato* de esse desconhecimento *não implicar* a desqualificação dessas conclusões como “irracionais” demonstra, entretanto, que a racionalidade dessas avaliações *independe* da aplicação *direta* do critério canônico. Os argumentos “de segunda ordem” apresentados na Seção IC) para a defesa de algoritmos como o nosso *Guia de Análise* ajudam certamente a explicar por que a separação entre critério ideal e metodologia convencional não compromete a legitimidade jurídica de uma prática decisória despreocupada em prestar contas ao primeiro e sustentada integralmente na última. Contudo, há ao menos um aspecto decisivo dessa prática a exigir uma racionalização diferente.

Parte significativa da metodologia convencional para avaliar atos de concentração compõe-se de *juízos de verossimilhança* cujo objetivo é responder *indiretamente* à seguinte questão: “o ato notificado aumenta a probabilidade de exercício de poder de mercado nos mercados relevantes por ele afetados?” Essa metodologia se vale de um tipo de estratégia análogo ao que Daniel Kahneman e Shane Frederick denominaram de “substituição de atributos”,²⁶ em que um *target-attribute* é substituído por algum “atributo heurístico” que é mais facilmente acessível ao conhecimento. A idéia, *grosso modo*, é responder perguntas difíceis por meio de respostas a perguntas distintas e mais fáceis, confiando em que as últimas servirão

²⁴ No que segue, “teoria canônica” significa “teoria da decisão racional”, referindo-se, especificamente, aos modelos clássicos de decisão sob incerteza *a la* von Neumann e Morgenstern ou *a la* Savage (dependendo da natureza “objetiva” ou “subjettiva”, respectivamente, das probabilidades associadas aos diferentes estados do mundo). Para uma introdução à teoria da decisão racional, ver Kreps, *Notes on the theory of choice*, Westview Press, 1988.

²⁵ Essa é a versão “sob incerteza” do critério ideal de decisão enunciado na Seção IB), precisamente, nas expressões (4) e (5).

²⁶ Cf. “A model of heuristic judgment”, *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, 2005, p. 267-293. A expressão foi introduzida pelos autores para designar uma característica geral de “juízos baseados em heurísticas”.

como substitutas suficientemente próximas das respostas às questões originais. De modo análogo, a metodologia convencional é um artifício que procura responder à questão a respeito dos “ganhos sociais líquidos esperados” associados ao ato notificado por meio, *primeiramente*, de sua substituição por questões relativas à probabilidade de ocorrência de certos estados do mundo (e. g., entrada tempestiva e suficiente, importações suficientemente elásticas, grau de rivalidade pós-operação suficientemente intensivo etc.); e, *em seguida*, pela substituição dessas questões por perguntas ainda mais simples, cujas respostas demandam meros juízos binários de verossimilhança. O ponto é que a forma como essas simplificações foram postas em prática alterou substancialmente a *natureza do problema de decisão original* colocado ao julgador, pois se propôs a enfrentar um problema de decisão sob incerteza *como se fosse um problema de decisão sob certeza*. Por exemplo, ao dizer que a “probabilidade” de uma entrada tempestiva é suficiente como reação a um eventual aumento nos preços do produto relevante após a operação é “reduzida”, o decididor não carrega essa probabilidade adiante enquanto um fator de ponderação da magnitude dos ganhos sociais verificados na hipótese – pouco provável – de ocorrência de uma tal entrada (algo obrigatório em um cálculo dos *ganhos sociais esperados* relacionados ao ato), mas simplesmente *assume* que entradas com as mencionadas propriedades *não ocorrerão com certeza*. Semelhantemente, ao afirmar que o “poder de barganha” do demandante torna “improvável” o exercício de poder de mercado pelas partes envolvidas no ato, o decididor não prossegue sua análise levando em conta a – reduzida – probabilidade de que tal poder de barganha não se concretize de modo suficiente para inviabilizar o suposto exercício de poder de mercado (algo obrigatório em um cálculo das *perdas sociais esperadas* relacionadas ao ato), mas simplesmente *interrompe a análise, assumindo* que a mobilização desse poder pelo comprador no sentido socialmente desejado *verificar-se-á com certeza*. Em outras palavras, a prática decisória envolve a subscrição e a aplicação da seguinte máxima: “sob condições de incerteza, decida supondo certeza quanto: à ocorrência dos eventos mais prováveis (verossímeis), e à inoocorrência dos eventos menos prováveis (inverossímeis).”

Como todo juízo baseado em heurísticas, os juízos técnicos elaborados para apoiar decisões de aprovação ou não-aprovação de atos notificados com base no art. 54 sujeitam-se a erros de um tipo peculiar: “Whenever the heuristic attribute differs from the target-attribute, the substitution of one for the other inevitably introduces systematic biases.”²⁷ Esses “vieses”, especialmente os “vieses de ponderação” (*weighting biases*) manifestados na atribuição de “pesos” excessivamente reduzidos ou elevados a indícios disponíveis para a enunciação de juízos quantitativos (em particular, os juízos estatísticos ou probabilísticos) ou qualitativos (e. g., juízos de verossimilhança) também se fazem presentes, sistematicamente, no âmbito dos processos decisórios do CADE. Alguns desses vieses, por exemplo o viés de aprovação sem restrições de atos em virtude das assimetrias de recursos

²⁷ Kahneman e Frederick, op. cit., p. 270.

e informações existentes entre seus participantes, de um lado, e os órgãos do SBDC, de outro lado, devem obviamente ser combatidos por afetarem o desempenho do Sistema tal como medido pelo grau de proteção efetivamente conferido à concorrência nos mercados relevantes afetados. Outros são menos graves ou, possivelmente, de natureza mais estrutural, podendo ser juridicamente tolerados como um preço a pagar pela complexidade inerente às avaliações sob responsabilidade dos referidos órgãos. Mas há ainda, por assim dizer, os vieses *juridicamente obrigatórios*, cuja função é prevenir erros tratados como especialmente perigosos em vista dos objetivos que a lei procura realizar – assumindo o risco de assim facilitar a produção de algum outro erro, ao qual, não obstante, se decidiu atribuir uma importância relativamente menor que ao erro do primeiro tipo. O exemplo mais importante dessa última espécie de viés no âmbito das avaliações de atos nos termos do art. 54 aparece na opção sistemática do decididor por uma atitude “conservadora” no percurso das etapas em que consiste o *Guia de Análise*, desde a delimitação do mercado relevante, passando pelos juízos de verossimilhança relativos aos fatores que podem “tornar improvável o exercício de poder de mercado” após a realização do ato, até a consideração e a contabilização dos eventuais ganhos de eficiência específicos associados a ele.

Em voto proferido recentemente,²⁸ escolhi o termo *princípio da precaução* para referir-me expressamente à combinação entre a máxima de decisão enunciada acima e essa opção pela aplicação conservadora (da perspectiva dos consumidores) do algoritmo detalhado no *Guia*. A idéia, simplesmente, era *explicitar* esse conjunto de diretrizes metodológicas que, apesar de fundamentais, permaneciam mais ou menos *implícitas* na *prática* decisória. A escolha do nome – princípio da precaução – foi uma homenagem ao *precautionary principle*, utilizado ocasionalmente nos Estados Unidos e na Europa por ocasião das discussões sobre regulação de riscos, sobretudo riscos ambientais e para a saúde. Trata-se de uma regra para a tomada de decisões sob “condições de ignorância”, em que informações sobre as probabilidades de ocorrência dos estados do mundo relevantes ou não existem ou não podem ser obtidas a um custo aceitável. Na versão mais conservadora, o princípio equivale à regra do “MaxMin”,²⁹ mas pareceu-me que o termo poderia servir igualmente para designar versões mais “suaves” voltadas à reflexão de atitudes com menor “grau de aversão institucional a riscos”, contanto que fossem estruturalmente similares de uma perspectiva informacional.³⁰ Isso é importante ressaltar em vista dos debates que seguiram-se ao voto e do risco de leituras apressadas da sua proposta como sugerindo uma nova relação de ordem entre princípios consti-

²⁸ Ver Ato de Concentração nº 08012.007113/2005-21.

²⁹ O conteúdo da regra do MaxMin pode ser, *grosso modo*, expresso nos seguintes termos: “Para cada decisão possível, (i) assuma que ocorrerá o ‘pior’ estado do mundo, i. e., o que corresponde ao menor *payoff* associado à decisão, e (ii) escolha a decisão que gera o maior dos *payoffs* determinados segundo (i), ou seja: o máximo do conjunto de mínimos.”

³⁰ Para uma crítica geral à versão mais forte (i. e., conservadora) do *precautionary principle*, ver Sunstein, “Hormesis, the precautionary principle, and legal regulation”, *Human and Experimental Toxicology*, 23, 2004, p. 601-611.

tucionais.³¹ Seja qual for o nome que se queira dar a esse complexo de diretrizes metodológicas, o que merece ser destacado no presente contexto é a importância da explicitação dessas diretrizes que se encontram implícitas na prática dos órgãos de defesa da concorrência e, a partir daí, de uma discussão aberta e desimpedida sobre as suas possíveis implicações para as decisões a respeito da alocação *in concreto* de deveres de prova, e sobre a definição dos *standards* de prova correspondentes.³²

E) Uma nota sobre a admissibilidade da “regra de minimis” na aplicação do art. 54

As decisões terminativas do CADE em Atos de Concentração são decisões sob condições de incerteza que, *idealmente*, deveriam autorizar a realização de atos notificados se e só se os ganhos sociais líquidos esperados a eles associados não são inferiores aos ganhos sociais líquidos esperados associados à decisão de não autorizar a sua realização (ou de autorizá-la mediante a imposição de restrições). Obviamente, as limitações cognitivas e especialmente informacionais a que se sujeitam as atividades do julgador impedem a transformação desse critério ideal numa *regra de decisão*, recomendando em vez disso a adoção de algoritmos compostos de regras simples de parada (*e. g.*, as regras que compõem os guias de análise de atos de concentração usados na maioria das jurisdições) que assegurem certa “rotinização”, bem como maior grau de objetividade e rapidez aos processos decisórios. Contudo, a remissão justificatória das estratégias de simplificação ao critério ideal da variação líquida dos ganhos sociais esperados acompanha sempre, ainda que implicitamente, o emprego das primeiras nos casos concretos, podendo ser invocada para *relativizar* os resultados dessa aplicação se forem “inequívoca-

³¹ A idéia de abordar a questão da incerteza nas decisões do CADE em Atos de Concentração recorrendo à máxima “na incerteza, reina o princípio da livre iniciativa, devendo-se aprovar o ato notificado”, não alcança a real complexidade do problema. Na verdade, a incerteza quanto à produção de efeitos anticompetitivos por parte de determinado ato é *conceitualmente inseparável* dos próprios *fundamentos jurídicos* desse tipo de regulação, *i. e.*, da restrição jurídica à liberdade de decisão dos agentes econômicos. De fato, a lei de defesa da concorrência é somente uma dentre várias normas jurídicas cuja função é, precisamente, *regular incertezas e riscos* associados a externalidades produzidas pelas decisões desses agentes. Portanto, tais incertezas e riscos jamais poderiam ser concebidos como se fossem *limites* dessa regulação. Nesse sentido, pretender enfrentar o problema da incerteza nas avaliações competitivas de atos notificados de acordo com o art. 54 da Lei nº 8.884/94 invocando o princípio da livre iniciativa é colocar a própria questão em termos inadequados, pois o que está em jogo não é a tradicional oposição entre livre iniciativa e regulação, mas o *trade-off* entre, de um lado, os riscos e incertezas aos quais a regulação visa responder, e, de outro lado, os riscos e incertezas *gerados pela própria regulação*, sobretudo quando se leva em conta que há nas legislações destinadas ao enfrentamento dos riscos gerados por ações dos agentes econômicos um “viés pró-interesse difuso” na solução desse tipo de *trade-off*. A Lei nº 8.884/94, em particular, expressa, nessa mesma direção, uma visível assimetria no tratamento dispensado aos riscos e incertezas associados a decisões terminativas do CADE nos procedimentos de Atos de Concentração: aos riscos relativos à aprovação de atos potencialmente anticompetitivos atribuiu-se um peso significativamente maior que o atribuído aos riscos associados à não-aprovação de atos que não exibam essa propriedade.

³² Ver a respeito a Parte II *infra*.

mente inadequados” à luz desse último, *i. e.*, do critério que, em última instância, serve como fundamento racional e orientação normativa para os tais processos decisórios.

Na hipótese de não-aprovação de um ato submetido à apreciação do CADE para controle nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, a referida “inadequação inequívoca” entre algoritmo e critério ideal de decisão poderá dar-se em virtude (i) da *reduzida probabilidade* de que o ato gere uma perda social líquida (*i. e.*, um ganho social líquido negativo), *ou então* (ii) da *reduzida magnitude dessa perda*. Como as perdas sociais líquidas *esperadas* associadas à autorização de um dado ato são – por definição – iguais às perdas sociais líquidas oriundas da decisão multiplicadas pela probabilidade de sua ocorrência (supondo, para simplificar, que há apenas um estado do mundo em que as perdas sociais líquidas associadas à decisão de autorização do ato seriam não-nulas), segue-se que as perdas sociais líquidas *esperadas* associadas à autorização do ato tenderão a zero à medida que tal probabilidade, *ou* tal valor, se aproximem de zero. Em outras palavras, quanto menor a probabilidade de que um ato produza uma perda social líquida, mais inequívoca a inadequação da decisão que não o autoriza, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para a magnitude da perda social líquida produzida pelo ato que está sendo apreciado. Ocorre que a metodologia convencional para a avaliação dos efeitos de atos notificados nos termos do art. 54 contempla mecanismos capazes de evitar *somente o primeiro tipo de inadequação*, *i. e.*, a inadequação resultante da desaprovação de atos que produzirão perdas sociais líquidas – possivelmente significativas – *com probabilidades desprezíveis* para todos os efeitos práticos. O *segundo tipo*, a saber, o da inadequação resultante da desaprovação de atos que produzirão *perdas sociais líquidas desprezíveis* – com probabilidades significativas para todos os efeitos práticos –, escapa completamente aos filtros dos quais se compõe a referida metodologia. Isso é obviamente indesejável e reclama *filtros complementares* que deixem passar apenas aqueles atos cuja autorização seja realmente preocupante juridicamente, *i. e.*, produza perdas sociais líquidas *esperadas não desprezíveis*.

Esses filtros complementares são o *faturamento das requerentes no mercado relevante*³³ e o *tamanho total do mercado relevante*, e a regra que garante que os dois filtros funcionarão do modo normativamente adequado é a *regra de minimis*, cujo conteúdo deixa-se enunciar nos seguintes termos: “para qualquer probabilidade de que a autorização do ato notificado venha a produzir perdas sociais líquidas, haverá um faturamento agregado das participantes no mercado relevante ou um tamanho total do mercado relevante que torna juridicamente desprezível a perda social líquida esperada atribuída ao ato e, conseqüentemente, permite a sua auto-

³³ Rigorosamente, o faturamento decisivo para estes fins é o *projetado* para o período posterior (considerado um horizonte de curto prazo) ao ato. Inexistindo uma boa razão para suspeitar que tal faturamento afastar-se-á significativamente dos faturamentos realizados no período imediatamente anterior ao ato, nada se opõe ao uso desses últimos como *proxy*.

rização sem restrições”.³⁴ Em teoria, quanto maior for essa probabilidade, menores devem ser o faturamento das partes no mercado relevante e o tamanho total deste para que se justifique, da perspectiva do direito da concorrência, a aprovação do ato notificado sem a imposição de restrições.

Diferentemente do princípio da precaução, a regra *de minimis* não está implícita na prática decisória das autoridades brasileiras de defesa da concorrência, e há divergências quanto a sua consistência com o regime jurídico vigente no Brasil para a apreciação de atos segundo o disposto no art. 54. Minha opinião é que essa consistência é tão pouco problemática do ponto de vista jurídico quanto a consistência entre a metodologia convencional de análise e as “condições” estabelecidas no texto da lei para a aprovação de atos notificados ao SBDC. A regra *de minimis*, como exposto, é um corolário do critério ideal utilizado no Brasil e em várias outras jurisdições para a avaliação de atos que satisfazem aos requisitos de submissão obrigatória definidos no art. 54, e a sua pertinência segue-se logicamente da pertinência do último. Evidentemente, a inexistência de limites univocamente determinados no texto legal faz da sua aplicação algo potencialmente controverso; porém, não seria esta a primeira vez em que o antecedente de uma regra é composto de conceitos indeterminados, reservando ao sujeito competente para aplicá-la o poder-dever de moldar o seu conteúdo às características particulares de cada caso concreto.

II O QUE É “PROVAR JURIDICAMENTE” QUE $\Delta G_{\alpha} \geq 0$?

A competência profissional do jurista é essencial para a detecção, validação e controle da licitude da implementação das “decisões de ordem superior” que dão forma e asseguram operacionalidade ao direito antitruste.³⁵ Aquilo que é conclusão de um exercício necessário em *law and economics* teria ainda que ser traduzido na linguagem do direito administrativo e do direito processual antes de servir de orientação normativa para autoridades e empresas. A aposta é que isso é perfeitamente possível e até mesmo simples de fazer, bastando que se tenha a mente aberta a argumentos consequencialistas. Mas não é só aqui que o jurista pode e deve intervir decisivamente. A sua principal função está no gerenciamento de

³⁴ É interessante notar que os filtros operam implicitamente nas jurisdições que não prevêm a participação de mercado, mas (mesmo que não exclusivamente) o faturamento das participantes do ato como critério de submissão de atos de concentração à autoridade antitruste. Nesses casos, *independente* da participação combinada das partes envolvidas no ato – e também, eventualmente, da probabilidade de que o ato venha a gerar perdas sociais líquidas –, a não-obrigatoriedade da submissão levará a um resultado equivalente ao de uma aprovação implícita. A idéia para o enunciado veio da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* alemã, onde os filtros encontram-se previstos sob as denominações “*de minimis-Klausel*” e “*Bagatellmarktklausel*”, respectivamente (cf. § 35, GWB).

³⁵ Outro exemplo proeminente de decisão de segunda ordem que assume o formato de uma regra é a chamada “regra *per se*”, que permite a punição de empresas participantes de um cartel sem a necessidade de uma *prova direta* de que os seus efeitos líquidos sobre o bem-estar social são negativos. Há exemplos também no caso de restrições verticais, como se verifica no tratamento, como ilícitas, de cláusulas de exclusividade que envolvam agentes detentores de poder de mercado e impliquem “fechamento de mercado” superior a um patamar fixado jurisprudencialmente.

tudo aquilo que diz respeito à *questão probatória* no âmbito dos procedimentos definidos em lei. Essa é certamente uma das questões mais importantes – se não for a mais importante – a separar o mundo do direito antitruste do mundo da economia aplicada – “provar uma hipótese” é uma *performance* com condições de sucesso que podem ser significativamente diferentes em um e outro contexto.

A discussão sobre prova (e isso vale não só no âmbito do direito da concorrência) envolve, basicamente, os seguintes quatro aspectos: (i) o que conta como prova e qual seu respectivo peso relativo; (ii) quem tem o ônus da prova; (iii) qual o *standard* de prova aplicável; e (iv) como se determina o ponto de parada do processo de instrução. Não há no Brasil, até onde eu posso ver, reflexão sistemática sobre qualquer destes aspectos no que se refere ao direito antitruste. Nas conversas e petições dos colegas advogados, é o segundo aspecto aquele que tem recebido alguma atenção. Os demais, salvo engano, permanecem totalmente alheios à tematização. Essa lacuna é problemática, sobretudo porque a questão da prova permeia as atividades de aplicação do direito antitruste como um todo, e a sua não-tematização apenas significa, nessas circunstâncias, que determinadas decisões e posturas estão sendo tomadas e assumidas de forma implícita e não consciente. As observações que seguem não são uma tentativa de cobrir um assunto tão vasto e complexo como esse, mas somente uma proposta de identificação e endereçamento de algumas questões menos salientes, porém merecedoras de enfrentamento imediato.

A) Se não o *neverland* da certeza absoluta, então o quê?

Standards de prova são barreiras que refletem distintos graus de convencimento do julgador e cuja transposição é condição necessária para que determinada alegação possa contar como provada juridicamente (um exemplo é o *beyond reasonable doubt* do direito penal norte-americano, que conhecemos das cenas de julgamento nas quais jurados se debruçam sobre os fatos do caso a fim de condenar ou absolver um réu acusado de ter cometido um crime hediondo). Isso é o mesmo que dizer que é possível estabelecer uma correspondência entre a prova jurídica de uma alegação e um conjunto de provas capaz de superar o *standard* de prova associado à questão para cujo desfecho a alegação é apresentada. Em qualquer caso, os precisos termos em que essa “capacidade de superação” vier a ser *normativamente* concebida deverão ser sensíveis às peculiaridades do *tipo de conhecimento* mobilizável nos processos de instrução. Paradoxalmente, quanto mais “científico” esse conhecimento, mais *restritiva* deverá ser a função de *gatekeeper* que o decisor exerce em relação àquilo que é tentativamente proposto como argumento a sustentar ou refutar uma hipótese lançada no âmbito da instrução. Particularmente ilustrativa, neste contexto, é a discussão realizada nos Estados

Unidos a respeito da utilização de modelos de simulação nas análises competitivas de fusões e aquisições.³⁶

Uma simulação, basicamente, usa um modelo de teoria dos jogos, “calibrado” com dados observados, para inferir um estado do mundo não observado. A “calibração”, vale dizer, o “preenchimento” do modelo com os valores dos correspondentes parâmetros, normalmente envolve estudos econométricos, e o estado do mundo que se deseja inferir é o efeito líquido da operação sobre o bem-estar social (identificado, tradicionalmente, seja com o excedente agregado, seja com o excedente do consumidor). Mais precisamente, simulações empregam determinado modelo formal do comportamento de agentes oligopolistas, calibrado com preços e quantidades observados, para prever os efeitos líquidos de um ato de concentração sobre preços e quantidades das requerentes e de seus concorrentes.³⁷ Dado que os efeitos de redução nos custos marginais gerados pelo ato também podem ser facilmente incorporados ao estudo, simulações são ferramentas extremamente úteis para responder a questões acerca do efeito líquido de operações que produzem, simultaneamente, perdas e ganhos na forma de aumentos de preços e eficiências produtivas. Isso vale com ainda mais razão nas fusões e aquisições que afetam mercados de produtos diferenciados, em que a tarefa de definição da dimensão produto do mercado relevante é decisiva e pode descambar para uma especulação objetivamente incontrollável.³⁸

Contudo, os benefícios associados ao emprego de simulações não vêm sem um custo – que pode ser significativo. A realização de um estudo de simulação pressupõe a tomada de uma sequência de decisões de estratégia teórica e metodológica pelo analista.³⁹ Até aí, nenhum problema; ao contrário, esse tipo de pressuposto está presente também na análise estrutural tradicional, onde, porém, permanece escondido sob o automatismo do algoritmo recitado no *Guia* e não induz demandas por explicitação – diferentemente do que se passa nos casos de

³⁶ Werden, “Simulating the Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: A Practical Alternative to Structural Merger Policy”, *George Mason Law Review*, 5, 1997, p. 363-386; Baker e Rubinfeld, “Empirical Methods in Antitrust Litigation”, *American Law and Economics Review*, VI, 1999, p. 386-435; Crooke, Froeb, Tschantz e Werden, “Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria”, *Journal of Industrial Organization*, 15, 1999, p. 205-217; Werden e Froeb, “Calibrated Economic Models add Focus, Accuracy and Persuasiveness to Merger Analysis”, *Working Paper FTC*, 2002; Carlton, “The Relevance for Antitrust Policy of Theoretical and Empirical Advances in Industrial Organization”, *George Mason Law Review*, 11, 2003, p. 47-63; e, Werden, Froeb e Scheffman, “A Daubert Discipline for Merger Simulation”, *Working Paper FTC*, 2004. Para uma reflexão acerca da incorporação de técnicas econométricas de análise em processos de decisão jurídicos, ver Rubinfeld, “Econometrics in the Courtroom”, *Columbia Law Review*, 85, 5, 1985, p. 1048-1097.

³⁷ Ver a respeito Froeb e Werden, “An introduction to the symposium on the use of simulation in applied industrial organization”, *International Journal of the Economics of Business*, 7, 2, 2000, p. 133-137. Custos marginais não precisam ser estimados, pois podem ser deduzidos das condições de primeira ordem dos problemas de maximização.

³⁸ Cf. Werden, texto citado na nota de rodapé 36.

³⁹ Cf. Werden, Froeb e Scheffman, texto citado na nota de rodapé 36 (de aqui em diante, “WFS”), p. 13 ss.

simulação. O problema surge – eis aí o paradoxo – ao notarmos que, *uma vez explicitadas* as premissas e hipóteses sobre as quais se baseia o exercício, abre-se o flanco para uma espiral de argumentos que podem ser tão especulativos e incontrolláveis quanto os que motivaram o recurso à ferramenta da simulação. Pense-se na decisão estratégica referente *ao modelo utilizado* para captar formalmente a interação entre as empresas no mercado. A regra é apelar aos dois mais simples jogos estáticos de informação completa tradicionalmente empregados para ilustrar o conceito de equilíbrio estratégico nos capítulos sobre oligopólio dos manuais de microeconomia, quais sejam, o modelo de *Cournot*, no caso de bens homogêneos, e o de *Bertrand*, no caso de bens diferenciados. Essa é uma óbvia restrição quando se considera o amplo *menu* de alternativas de modelagem obtido ao se rejeitar uma ou outra hipótese dos referidos modelos, por exemplo: a hipótese de informação completa a respeito dos *payoffs* de cada jogador, cuja negação levaria a um jogo bayesiano; a hipótese a respeito do caráter *one-shot* da interação, cuja negação levaria a um jogo repetido; ou ainda, para radicalizar o argumento, a premissa de que os agentes são racionais e que sua racionalidade é *common knowledge*, cuja negação levaria a modelos com racionalidade limitada. Essa restrição, no entanto, não deveria ser vista como uma deficiência. Pelo contrário, ela é *necessária* para *garantir a força probante* dos exercícios de simulação. De fato, sua ausência significaria a *transposição* da lógica de um processo *virtualmente interminável* de propositura, teste e correção de hipóteses, para dentro de um processo formatado para *progredir linearmente e terminar* com uma decisão vinculante; e, com essa transposição, o encaminhamento desse último processo para um estado de *indecidibilidade* com respeito à *verdade* das proposições utilizadas nesse contexto.

É então para impedir tal desfecho e salvar o valor da simulação como meio de prova que se demanda do julgador que cumpra um *gatekeeping role* referente à *forma* do modelo a ser admitido na instrução:⁴⁰ para que a simulação “conte”, o modelo utilizado deve ser um dos modelos tradicionais, em relação aos quais o conhecimento já acumulado e a unicidade dos resultados permitem um controle intersubjetivo. Mas o papel de *gatekeeper* implica, ainda, que a recíproca não valerá automaticamente: para que a simulação “conte”, não é *suficiente* que o modelo utilizado seja um dos modelos tradicionais, pois isto requer a adequação entre suas hipóteses e os “fatos da indústria”.⁴¹ Se não existe essa adequação, a simulação perde a sua força probante, e o caso concreto terá que ser decidido exclusivamente a partir de meios de prova alternativos. Isso não é o mesmo que afirmar, evidentemente, que o uso de outros modelos seja proibido, mas simplesmente que tal uso não deveria afetar (positiva ou negativamente) as probabilidades de êxito dos agentes envolvidos. A razão principal está na necessidade de que a troca de argumentos mantenha-se intersubjetivamente sob controle ao longo da instrução, sem desandar para uma situação de fato em que quaisquer das partes, ou mesmo

⁴⁰ WFS, p. 5.

⁴¹ WFS, p. 3 ss, onde se lê a qualificação de que essa exigência não requer a “perfeita adequação” do modelo aos fatos.

a autoridade investigadora, veja-se incentivada a operar com a teoria no sentido de se tornar imune a objeções.

No que segue são apresentadas duas estratégias distintas – ambas a meu ver racionalizáveis em princípio – de caracterização normativa da “capacidade de superação”, por um conjunto de provas, de um *standard* de prova no âmbito da aplicação do direito antitruste. Trata-se, a rigor, de dois tipos ideais de estratégia de decisão acerca das condições para a interrupção de processos de coleta e valoração de elementos para a fundamentação de decisões finais do CADE em Atos de Concentração e processos administrativos sancionadores.⁴² A cada tipo ideal corresponde um modelo de instrução processual que lhe confere um significado mais determinado e operacional.

B) A primeira estratégia: a busca do ótimo (em sentido estrito)

Uma maneira conveniente de precisar o significado de uma expressão para um *standard* de prova é traduzi-la numa *linguagem probabilística*, precisamente, enquanto a *probabilidade de erro* que consideramos ser “aceitável” ao *tratarmos juridicamente* uma proposição como suficientemente provada. Essa idéia pode ser desenvolvida formalmente com a ajuda de um modelo que representa a instrução processual como processo de *otimização com restrições*. Dado um caso concreto *C* qualquer, seja Γ o conjunto dos *meios de prova juridicamente admitidos* em *C*, e $p: \wp(\Gamma) \rightarrow [0,1]$, uma função bijetora que associa probabilidades de erro a subconjuntos de Γ (medidas por referência ao que se considera uma decisão correta).⁴³ Um *standard de prova* p^* , relativo à decisão *d* do julgador *j*, é a *menor probabilidade de acerto* “tolerável juridicamente” para a decisão *d* de *j*. Por exemplo, se *d* é uma sentença de um juiz *j* que condena alguém a uma pena privativa de liberdade, e a aceitabilidade da decisão depende de o réu ser culpado com probabilidade de erro igual ou inferior a 10%, então o *standard* de prova relativo à mesma decisão é 90%. Dado um *standard* de prova p^* , diremos que um dado conjunto de provas *E* “supera” p^* se e somente se $p(E) \leq 1 - p^*$ (se e somente se a probabilidade de erro associada a *E* é menor ou igual à máxima probabilidade de erro tolerável juridicamente), e definiremos o conjunto $E_{p^*} = \{E \in \wp(\Gamma): p(E) \leq 1 - p^*\}$, como sendo o conjunto de todos os conjuntos de provas em $\wp(\Gamma)$ que superam o *standard* de prova p^* . Seja $c: E_{p^*} \rightarrow [0, \infty)$, uma função que associa, a cada conjunto *E* em E_{p^*} , um número positivo que expressa o *custo de produção* de *E* (i. e., obtenção de todas e cada uma das provas $e_1, e_2, \dots, e_n \in E$). O *problema de decisão* da autoridade investigadora, então, é selecionar

⁴² A classificação assemelha-se à utilizada por Adrian Vermeule em “Three strategies of interpretation”, *San Diego Law Review*, 42, 2005, mas desconsidera a estratégia “maximizadora”, i. e., a busca da melhor solução a qualquer custo.

⁴³ A expressão $\wp(\Gamma)$ denota o conjunto das partes de Γ , i. e., o conjunto de todos os subconjuntos de Γ . A função p é bijetora se e somente se é injetora e sobrejetora, ou seja, se e só se (i) para todo $E_1, E_2 \in \wp(\Gamma)$, se $p(E_1) = p(E_2)$, então $E_1 = E_2$; e, (ii) para todo $p' \in [0,1]$, existe $E' \in \wp(\Gamma)$ tal que $p(E') = p'$. Por último, se p é uma distribuição de probabilidade definida em $\wp(\Gamma)$, então $p(E') \geq 0$ para todo $E' \in \wp(\Gamma)$, e tem-se que $\sum_{E \in \wp(\Gamma)} p(E) = 1$.

um conjunto de provas $E_{inv} \in E_p$, tal que não exista, em E_p , um conjunto de provas E , diferente de E_{inv} , que tenha custo de produção menor que o de E_{inv} . Um “conjunto de provas ótimo para a autoridade investigadora” é um $E \in E_p$ que exhibe essa propriedade (assumindo, obviamente, que estão presentes as condições necessárias para a existência de um ótimo).

Do problema de decisão da autoridade investigadora tem que ser distinguido o problema de decisão do agente econômico que toma parte no procedimento na qualidade de requerente, representante ou representado. Seja P o valor das perdas totais do agente i ao longo de um procedimento (por exemplo, as despesas com honorários de advogados e economistas mais a sanção, no caso de condenação em processo administrativo, ou mais aquilo que ele deixa de ganhar, no caso de não aprovação de ato de concentração), e seja $p_i : \wp(\Gamma) \rightarrow [0, 1]$, uma função bijetora que associa, a cada subconjunto de Γ , uma probabilidade de êxito, ou seja, a chance de i evitar a perda P quando apresenta, à autoridade julgadora, um certo conjunto de provas E em $\wp(\Gamma)$. Em princípio, i escolherá um conjunto de provas E_i que lhe gera a máxima probabilidade de êxito, dados E_{inv} , a perda P , o custo $c(E_i)$ e o standard p^* . Para começar, i jamais optaria por investir em um conjunto de provas E_i para o qual exista um conjunto de provas alternativo E'_i tal que $p_i(E_{inv} \cup E'_i) > p_i(E_{inv} \cup E_i)$, pois, nessa hipótese, i estaria melhor com E'_i . O problema de decisão de i é escolher um entre os “mais baratos” conjuntos de provas $E_i \in \wp(\Gamma)$, em relação aos quais não exista uma prova $e \in \Gamma - E_i$ tal que $(P)[p_f(E_i) - p_f(E_i \cup \{e\})] \geq c(\{e\})$, sujeito à referida restrição e também a $c(E_i) \leq B$, onde $p_f = 1 - p_e$, e B é o que i poderá gastar até o desfecho do caso. Seja E_{max} o conjunto de todos os conjuntos em $\wp(\Gamma)$ para os quais o custo de produção de uma prova adicional é maior que a redução no valor esperado da perda P , viabilizada pela mesma prova adicional, ou seja, no caso do agente i , o conjunto dos $E_i \in \wp(\Gamma)$ tais que, para toda prova $e \in \Gamma - E$, tenha-se $(P)[p_f(E_i) - p_f(E_i \cup \{e\})] < c(\{e\})$. Um “conjunto de provas ótimo para i ” é um conjunto $E_i \in E_{max}$ que satisfaz as restrições mencionadas acima e é tal que não exista um conjunto de provas $E'_i \in E_{max}$, diferente de E_i , que tenha custo de produção menor que o de E_i (de novo, assumindo que estão presentes as condições necessárias para a existência de um ótimo).

E a autoridade julgadora? O objetivo do julgador, idealmente, é promover o ótimo social, i. e., escolher uma alocação x e um nível de dispêndio y que maximizam (6). Vimos que, para qualquer x dado, isso equivale a escolher um y que minimiza a soma S dos custos de decisão e do custo esperado de uma decisão equivocada – refletida na “distância” entre a alocação escolhida e a que “realmente” maximiza (4). Na Seção IC, y foi introduzida como variável que representa a totalidade dos custos de decisão, incluídos aí os custos com a investigação e aqueles incorridos por agentes privados que tomam parte no procedimento em questão. A premissa era que esses custos, mesmo que não controlados diretamente pelo julgador, seriam por este indireta e decisivamente influenciados. Essa premissa é justificada apenas se não é verdade que o julgador é refém das estratégias das partes, ou seja, que ele é omissor na sinalização e no mapeamento *ex ante*, e/ou no controle *ex post*,

do espaço em que caberá àquelas o exercício legítimo de seus poderes e direitos. Com efeito, toca ao julgador, nos limites de sua competência, a palavra acerca do *standard* de prova e, o que é ainda mais importante, do formato de p_e , i. e., a função que associa probabilidades de êxito a conjuntos probatórios juridicamente admissíveis. Se o julgador silencia, não é suficientemente claro a respeito ou escolhe defensivamente, o resultado é um nível de gasto muito superior ao que seria socialmente desejável.

Efetivamente, mesmo deixando-se de lado as assimetrias de informação e o desalinhamento parcial de interesses que marcam a relação entre advogados e clientes (como caso particular de um problema principal-agente), as preocupações de natureza reputacional e, em especial, o *viés de otimismo*⁴⁴ da parte na estimação da sua probabilidade de êxito, são fatores-chave na conformação do seu incentivo a gastar. É raro encontrar um cliente, por mais comedido que seja, que acredite que perderá o caso se escolher bem seu advogado. Mais ainda, o tipo predominante é aquele que, observada a própria restrição orçamentária, escolhe como se tal probabilidade fosse igual a 1. Na mesma linha, as incertezas no que se refere à capacidade probatória da autoridade investigadora e à propensão ao erro da autoridade julgadora fazem do gasto privado algo que, em boa medida, independe *diretamente* do valor de p^* . O efeito da combinação entre incerteza e viés de otimismo é fazer com que a parte perceba o próprio problema de decisão como escolha do advogado que produzirá um E_i tal que $p_e(E_i) = 1$. Na prática, i toma como certo o ganho $[-(P)]$,⁴⁵ e dispõe-se a gastar, para obtê-lo, tudo o que pode gastar. Nessas condições, por sua vez, o advogado não tem alternativa a não ser entrar nesse jogo e fazer o que está ao seu alcance para vencer. Por outro lado, sem sinalizações explícitas e controles rigorosos por parte do julgador, a autoridade investigadora é também, inevitavelmente, arrastada para dentro dessa interação ineficiente. É então que se faz sentir a assimetria de recursos e de informação entre agentes públicos e privados, contribuindo perversamente para aumentar ainda mais o gasto privado com atividades voltadas para a produção de provas.

Dado esse cenário, o que se exige do julgador são posturas e sinais claros no que se refere à contribuição relativa de cada prova para o seu convencimento. É preciso dar às partes todos os elementos para que calculem por si mesmas, com margens desprezíveis de erro, os custos e benefícios esperados associados a diferentes estratégias para utilização ao longo da instrução: “Se você foi pego fazendo um acordo de fixação de preços com seu concorrente, o melhor que você tem a fazer é passar a cooperar imediatamente para tentar obter uma redução da san-

⁴⁴ Sobre esse e outros vieses, ver Kahneman, Slovic e Tversky (Ed.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press, 1982. Ver também, em geral, Jolls, Sunstein e Thaler, “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, 50, 1471-1550, 1998; mais especificamente, Bar-Gill, “The evolution and persistence of optimism in litigation”, *Journal of Law, Economics and Organization*, 22, 1-18, 2006.

⁴⁵ O símbolo $[-(P)]$ denota o ganho que i obtém ao ser bem-sucedido no procedimento e, assim, não incorrer na perda P .

ção”; ou então: “Se você for adquirir um rival e gerar uma participação de mercado superior a $S\%$ em um mercado relevante caracterizado por elevadas barreiras à entrada e pouca rivalidade, já venha até mim com uma proposta para negociarmos qual a melhor restrição.” A mesma recomendação vale para a autoridade investigadora: “Se você flagrou um acordo de fixação de preços entre concorrentes, pode encerrar a instrução que eu cuidarei do resto.” Em qualquer caso, o interesse do julgador é realizado quando (i) a instrução completou-se, é robusta, e os processos lhe são entregues quase maduros para decisão; (ii) o custo de produção das provas foi o mínimo possível; e (iii) a decisão é a mais adequada às provas. Se isso ocorre regularmente, o sistema funciona de modo a minimizar a soma dos custos de decisão e do custo esperado das decisões eventualmente incorretas. Aos olhos do julgador, a instrução é um processo de acúmulo de provas que pode e deve ser encerrado ao atingir o seu “ponto ótimo de parada”. A idéia fundamental é que a instrução inicia com um conjunto probatório E_o , que vai sendo ampliado apenas se o custo *social* de produção da prova adicional é compensado pelo benefício *social* que essa prova produz,⁴⁶ e que consiste na redução do custo de uma decisão bancada exclusivamente pelas provas até então acumuladas, ponderado pela probabilidade de erro de uma tal decisão. O problema do julgador é então induzir os agentes privados (e, por extensão, as autoridades investigadoras) a se comportarem, predominantemente, da maneira desejada – vale dizer, a não gastarem mais tempo e recursos na instrução que o necessário para atingir tal ponto –, e a conjectura é que, dando os sinais corretos a esses agentes e ao investigador, o julgador contribui para que o resultado que se quer implementar possa emergir, como um equilíbrio, na situação de decisão que os envolve.

C) A segunda estratégia: a busca do “satisfatório”

O segundo tipo ideal de estratégia inspira-se em uma atitude mais radical de *ruptura* com o paradigma canônico em teoria da decisão associada ao conceito de “racionalidade limitada” (*bounded rationality*).⁴⁷ A diferença essencial entre os

⁴⁶ Observe-se que a caracterização é geral, e não se limita à probabilidade de erro correspondente ao *standard* de prova vigente para a questão *sub judice*. Isso é coerente com o fato de, em determinadas condições, não ser *juridicamente vedado* ao julgador interromper o processo em momento anterior ao ótimo relativo ao *standard*. Por exemplo, em uma ação de perdas e danos em que o *standard* de prova para a condenação do réu é superior a, digamos, 70% (i. e., a condenação só pode ocorrer se a responsabilidade do réu tiver sido provada com uma probabilidade de erro inferior a 30%), e cada parte pode escolher livremente as provas que pretende produzir, nada impede o juiz de decidir pela *improcedência* da ação ao verificar que nenhuma das provas especificadas pelo autor é capaz de reduzir a probabilidade de erro de uma decisão condenatória para um valor menor que 50%. Essa possibilidade não está restrita ao contencioso privado. Inclusive ali, onde toca ao Estado o dever de iniciativa em relação à produção de provas, um mínimo de sensibilidade aos apelos da análise custo-benefício é imperativo. Se a condenação penal de alguém que é inocente com probabilidade não inferior a 50% afronta o Estado de Direito, o mesmo não poderá ser afirmado da decisão de *absolvê-lo* ao perceber-se que prosseguir investigando não vale a pena.

⁴⁷ A idéia original é de Herbert Simon. Cf. “A behavioral model of rational choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, 69, 1, 1955, p. 99-118.

modelos de racionalidade limitada e os modelos disponibilizados pela teoria canônica está na rejeição do postulado de que não há racionalidade sem otimização ou maximização de uma função-objetivo. Aparentemente, esta diferença funda-se em divergências filosóficas – e talvez antropológicas – a respeito do que deveria ser o conhecimento científico e dos limites e natureza dos aparatos cognitivo e motivacional de organismos da espécie humana, mas é desnecessário chegar tão longe para convencer-se da radicalidade da oposição. Para isto, basta, por exemplo, ter em mente que o que é ideal de racionalidade de acordo com o paradigma canônico e suas variações, a saber, o comportamento maximizador e a busca do ótimo, transforma-se, sob certas condições, em erro e irracionalidade para a visão rival: com a valorização de padrões de comportamento supostamente irracionais no modelo canônico, caminha *pari passu* uma *inversão de papéis* no plano normativo.⁴⁸

Para os adeptos da visão rival, a tomada de uma decisão deve ser entendida, nas situações mais interessantes pelo menos, como um processo ativo e criativo de busca orientado por “níveis de aspiração” (*aspiration levels*). Nesse processo, as alternativas de decisão não são dadas ao indivíduo que decide, mas têm que ser, uma após a outra, descobertas e às vezes produzidas. Em situações mais simples, o processo de busca de alternativas de decisão se estende até que seja encontrada uma alternativa “satisfatória” – no sentido do alcance ou da superação de certo nível de aspiração associado aos objetivos e interesses do indivíduo. Entretanto, esses níveis de aspiração não permanecem necessariamente como pontos fixos. Em alguns casos, eles devem ajustar-se dinamicamente à situação de decisão, elevando-se quando as alternativas satisfatórias forem relativamente fáceis de identificar, e reduzindo-se na hipótese contrária.⁴⁹ O ponto importante é que a racionalidade desses processos dispensa preocupações com a identificação e escolha da alternativa ótima. Dessa forma, os modelos de racionalidade limitada distinguem-se dos modelos de otimização com restrições. Nestes, os custos associados a decisões racionais também são levados em conta, mas no lugar da comparação entre valores assumidos pela variável de escolha e níveis de aspiração aparece, como vimos, a idéia de uma “regra ótima de parada”, ou seja, um critério que determina a interrupção do processo de busca quando os custos e os benefícios marginais associados à busca são iguais. A objeção imediata a essa proposta de solução do problema das limitações de indivíduos de carne e osso em situações reais de decisão é que ela apenas o desloca para outro nível, uma vez que as condições necessárias para a realização dessa análise custo-benefício demandam uma meta-regra ótima de parada, e assim potencialmente *ad infinitum*. Os modelos de racionalidade limitada, por sua vez, propõe-se a enfrentar a questão teórica dos

⁴⁸ Em Simon, esta valorização é resultado de uma reinterpretação funcionalista dos resultados de observações empíricas (cf. Simon, “Rationality as process and as product of thought”, in: Bell, Raiffa e Tversky (Ed.), *Decision making: descriptive, normative and prescriptive interactions*, Cambridge, 1988, p. 58-77). Porém, a força e o apelo do conceito de racionalidade limitada são completamente independentes de argumentos desta natureza.

⁴⁹ Selten, “What is bounded rationality?”. In: Gigerenzer e Selten (Ed.), *Bounded rationality: the adaptive toolbox*, MIT, 2002, p.13-36.

critérios de racionalidade de decisões unindo análises de heurísticas e regras de parada *que não envolvem* otimização, com análises das *estruturas do ambiente* que condicionam e determinam o sucesso e o insucesso dessas heurísticas e regras na solução de problemas de decisão específicos. Esta combinação explica por que, em ambientes marcados por elevada complexidade e/ou dinamismo, mecanismos convencionais, rotinas frugais e regras simples de adaptação podem produzir, do ponto de vista do decisor, melhores resultados que os procedimentos e estratégias mais sofisticados de decisão recomendados convencionalmente pela teoria canônica.⁵⁰

A representação de um problema de decisão como busca por opções orientada em níveis de aspiração e resultados apenas satisfatórios segundo esses níveis é particularmente atrativa para se pensar a respeito dos procedimentos jurídicos de coleta e ponderação de indícios e provas, pois trata-se, *por definição*, de processos de busca de novas informações sujeitos a restrições de natureza cognitiva, que devem ser necessariamente interrompidos em um dado momento para possibilitar a tomada de uma decisão vinculante em relação a terceiros, e nos quais o recurso ao critério da igualdade entre custos e benefícios marginais enquanto regra de parada parece pouco recomendável por motivos operacionais. Essa conclusão é reforçada com argumentos inspirados naquilo que poderíamos denominar de “virada institucional” na teoria da interpretação jurídica, que requer, na escolha da melhor teoria, a reflexão sobre as capacidades institucionais, para a sua aplicação *adequada*, dos órgãos chamados a aplicá-la nos casos concretos.⁵¹ No Brasil, onde os recursos públicos destinados para fazer cumprir a legislação são poucos, considerações dessa natureza são inafastáveis. Nessas circunstâncias, não surpreende que teorias que não incorporem, reflexivamente, suas próprias condições institucionais de aplicação, soem ridiculamente ingênuas ou perigosamente próximas a uma legitimação ideológica.

Essas observações sugerem que uma concepção alternativa de um *standard* de prova *como nível de aspiração*, a definir em função *também* do valor de certas variáveis institucionais, pode ser um caminho promissor para a modelagem dos processos de instrução no direito da concorrência. A identificação de um conjunto de provas apto a superar um dado *standard* de prova seria entendida como a busca de um conjunto de provas *satisfatório* relativamente ao *standard* em questão. A linguagem probabilística continuaria opcional para a interpretação dos valores atribuídos ao último, porém uma alternativa mais alinhada com os mecanismos cognitivos efetivamente utilizados nesses processos estaria em *exemplos paradigmáticos* ou em *casos passados considerados semelhantes*, nos quais determinados elemen-

⁵⁰ Cf. Gigerenzer e Selten, “Rethinking rationality”, in: texto citado na nota de rodapé 49, p. 1-12. Uma posição semelhante é defendida pelos adeptos da chamada “teoria naturalística” (v. Lipshitz, Klein, Orasanu e Salas, “Taking stock of naturalistic decision making”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 14, 5, 2001, p. 331-352).

⁵¹ Cf. Sunstein e Vermeule, “Interpretation and institutions”, *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 885 ss. Ver ainda Parte IC *supra*.

tos de prova foram historicamente, ou seriam hipoteticamente *tratados na prática como* suficientes para justificar uma decisão terminativa. Nessas hipóteses, um “conjunto de provas satisfatório” seria um conjunto de provas capaz de resistir à *comparação ponto a ponto* com o conjunto de provas visto como “padrão” para o caso em análise, e. g., aquele a partir do qual práticas análogas foram julgadas ilícitas e punidas em decisões recentes. Precisamente, um *standard* de prova relativo a determinado procedimento seria um *esquema abstrato* composto por certos *tipos* de prova, cujas *instâncias particulares* estariam materializadas nos exemplos e casos usados para fins de comparação. A imagem que me vem à mente é a de um sistema de recipientes independentes mas interligados, cada um dos quais simbolizando um tipo de prova e com espaço reservado para a inclusão de um item de prova do tipo correspondente: por exemplo, na avaliação dos efeitos competitivos associados a um ato em um mercado de produtos diferenciados, um sistema com um recipiente com espaço reservado para inclusão de um item consistente numa pesquisa sobre as preferências dos consumidores – mas não, necessariamente, com outro com espaço reservado para inclusão de um item consistente num estudo de elasticidades cruzadas –, servindo enquanto *standard* para a prova de que os produtos X e Y seriam, entre si, “próximos” o suficiente para se presumir que, diante de um pequeno aumento nos preços de X, a quantidade de consumidores de X que migraria para Y seria tal que permitiria, a uma empresa que ofertasse ambos os produtos, levar a cabo esse aumento lucrativamente.

De acordo com esse modelo, a instrução processual se completa quando cada um e todos os recipientes que compõem o sistema (i. e., que caracterizam o *standard* de prova aplicável ao caso) estão apropriadamente “preenchidos” (i. e., quando, para cada tipo de prova requerido segundo o *standard*, um correspondente item foi efetiva ou presumidamente produzido). O sistema, ele próprio, não está simplesmente dado exogenamente em relação às atividades de “preenchimento” dos recipientes de que se compõe, mas se constrói, valida e eventualmente modifica *na experiência* com as mesmas atividades. Esse processo de construção, validação e eventual modificação do *standard* de prova relativo a um procedimento é uma ilustração daquilo que se mencionou anteriormente como “ajustamento dinâmico” de determinado nível de aspiração. O processo *completo*, incluindo as atividades de produção de provas *em vista* de um *dado standard* de prova, exhibe uma estrutura circular, na medida em que não há um ponto de referência, externo à experiência com tais atividades, a que se pudesse recorrer para avaliá-las: essa avaliação consiste na comparação com o *standard* de prova, o qual, por sua vez, resulta e se estabiliza a partir da experiência com as mesmas atividades que se trata de avaliar por seu intermédio.

III CONCLUSÃO

O acoplamento à ciência econômica promoveu amplo movimento de racionalização dos processos de interpretação e aplicação do direito da concorrência no Brasil. No balanço, os resultados desse movimento foram positivos, mas isso não deve iludir-nos quanto ao caráter equivocado das propostas de aproximação desses processos a processos de teste e validação de hipóteses no interior do sistema científico ou a processos de negociação ou de legislação no interior do sistema político. O direito de defesa da concorrência segue seu próprio rumo, afirmando sua autonomia diante da ciência e da política por meio da incorporação de regras simples para a tomada de decisões, que surgem, estabilizam-se, alteram-se e eventualmente desaparecem conforme as exigências e no ritmo ditados pela lei, os precedentes judiciais e administrativos e a dogmática jurídica. Os exemplos dos *guidelines* e demais simplificações metodológicas na avaliação competitiva dos atos de concentração, ou do recurso à regra *per se* no caso dos cartéis *hard core*, revelam a forma restritiva pela qual opera a juridificação dos conteúdos disponibilizados pela ciência, tanto teórica quanto aplicada. E a antipatia dos juízes e tribunais diante de propostas mais ou menos explícitas de desdiferenciação entre os papéis do órgão judicante e do formulador de políticas públicas orientadas, *e. g.*, no valor da eficiência econômica, é indicativa de uma resistência estrutural a tentativas de assimilação entre ambos – resistência que, a meu ver, pode fundamentar-se, inclusive, em preocupações com a implementação do valor da eficiência econômica, dando conta da objeção pertinente de que a interpretação de normas gerais com significado ambíguo é *também* uma questão de política pública.

Vista do ângulo correto, a reconstrução dessas regras (jurídicas) desponta como merecedora de crédito empírico e normativo, pois aquilo que é, de uma perspectiva descritiva, extraído dos processos decisórios das autoridades, é ainda justificável racionalmente como norma a partir da qual esses mesmos processos deveriam ser avaliados. A insistência aparentemente arbitrária no uso de algoritmos e regras frugais de decisão revela-se, afinal, como estratégia perfeitamente racional para que as referidas autoridades aproveitem-se *controladamente* da sofisticação e dos avanços da economia da concorrência sem sucumbir a sua complexidade potencialmente paralisante.

De quebra, a reflexão sobre o tema da prova no direito da concorrência ao longo das linhas sugeridas no final da seção precedente tende a reduzir as descontinuidades entre os tipos de raciocínio jurídico empregados neste e nos demais ramos do direito. Com efeito, revaloriza-se o *método analógico* e a *casuística*, e isso, paradoxalmente, não em detrimento, mas *em nome* da *racionalidade instrumental*, que recomenda um olhar retrospectivo e deferente aos julgados passados e uma estratégia marginalista de inovação (*i. e.*, criação e modificação de regras) como os mais adequados – no sentido próprio da minimização da soma dos custos de decisão e do custo esperado de decisões equivocadas – diante das limitações cognitivas e imperfeições institucionais que caracterizam a situação das autoridades chamadas a decidir os casos concretos.