

## HAVERÁ LUGAR DIGNO PARA O “JURÍDICO” NA TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO ANTITRUSTE?

*Luis Fernando Schuartz<sup>1</sup>*

É comum ouvir-se que o direito da concorrência existe no Brasil somente a partir de 1991. Esse é o ano da entrada em vigor da Lei 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) acerca da importância de uma política antitruste tecnicamente orientada. Olhando para trás, podemos reconhecer a essa periodização uma certa dose de verdade e utilidade, sobretudo enquanto proposta de autocompreensão daqueles que vivenciaram a referida 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 representadas) nos processos de análise de atos de concentração econômica e investigação de condutas anticompetitivas.

As alternativas de solução que se delineiam podem ser, simplificada e reduzidas a uma opção quanto à *posição* do argumento econômico relativamente ao argumento jurídico na interpretação e aplicação da

---

<sup>1</sup> Professor da FGV Direito Rio e Conselheiro do CADE.

legislação antitruste. Quanto a este ponto, há um vasto terreno a ser explorado. O presente artigo seleciona dois temas cuja reflexão me parece ser mais urgente, a saber, (I) o tema da *finalidade* do direito antitruste, e (II) o tema da *prova* no contexto de sua aplicação, mais precisamente, dos *standards* de prova, do peso relativo de argumentos econométricos e de teoria dos jogos nos processos de investigação e decisão e do “ponto ótimo de parada” desses processos, tendo em vista as restrições que caracterizam o trabalho das autoridades.

## I. Afinal, para quê serve o direito da concorrência?

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*<sup>2</sup> 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 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, viabilizando e 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

---

<sup>2</sup> 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.

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 sua resistência à matemática e 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 “ponderação de valores” para os casos de “colisão”. Apesar de compreensível, essa reação é inadequada. Independentemente dos problemas inerentes aos fundamentos filosóficos da proposta<sup>3</sup>, 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*. No contexto da apresentação do modelo do equilíbrio parcial nos manuais de microeconomia, essa diferença é relativizada e os conceitos são assimilados por meio da hipótese simplificadora de que as preferências dos agentes são quasi-

<sup>3</sup> Ver Luis 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.

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  $x$ .

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 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<sup>4</sup>, 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 quasi-

<sup>4</sup> Seria necessária uma incursão 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, *in: The Economics of Justice*, 1981, especialmente as pgs. 60-87.

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  $W$* <sup>5</sup>. 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

$$W(u_1, u_2, \dots, u_n) = \sum_{i=1}^n u_i \quad \text{i.e., } W \text{ é a função de bem-estar do “utilitarismo$$

clássico”<sup>6</sup>. 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 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 um

<sup>5</sup> Cf. Mas-Colell, Whinston e Green, *Microeconomic Theory*, 1995, Cap. 10.

<sup>6</sup> Cf. Mas-Colell, Whinston e Green, *op. cit.*, pg. 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  $i, j \in \{1, 2, \dots, n\}$ .

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 detrás da crítica ao “paradigma” do excedente total e da proposta de focalização no interesse do “consumidor” como o *único* digno de proteção no contexto antitruste<sup>7</sup>. 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 agentes econômicos. 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 resultantes 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 aprovação do ato de concentração<sup>8</sup>. 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?

<sup>7</sup> Ver, por exemplo, Fisher, Johnson e Lande, “Price Effects of Horizontal Mergers”, *California Law Review*, Vol. 77, 4, July 1989, e Jorge Fagundes, *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência*, Editora Singular, 2004.

<sup>8</sup> Novamente, a afirmação de que os valores de uma função de bem-estar social “justificável do ponto de vista jurídico” decrescem à medida em que torna-se 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 8.884/94.

Os autores que defendem o *price standard* respondem que o critério decisivo deveria ser onexo causal entre a conduta ou o ato de concentração, de um lado, e uma variação líquida negativa no excedente *do consumidor*, de outro lado<sup>9</sup>. 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 8.884, em particular de seus artigos 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 concentração sobre o *bem-estar social*. Por

---

<sup>9</sup> Cf. a bibliografia citada acima na Nota de Rodapé 7. No âmbito da análise 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. 2 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 subseção (c) abaixo.

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 uma outra questão. O importante é que tal peso relativo não seja *a priori* definido como sendo igual a zero.<sup>10</sup>

*(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  $\alpha_c$  e  $\alpha_p$  denotam, respectivamente, os *pesos relativos* do excedente do consumidor e do produtor;  $\alpha_c$  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 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  $S_{\alpha}$ , associada à passagem da alocação original para a alocação  $x$ .

<sup>10</sup> 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 se mostrará verdadeiro em quaisquer casos, e nem tampouco, em consequência, razão *teórica* para excluir-se *a priori* a admissibilidade jurídica de um argumento no sentido apontado.



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  $\alpha_c \neq \alpha_p = 1$ , 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 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:  $\alpha = (\alpha_d, \alpha_p)$ ;  $\alpha_d$ , o peso relativo a ser atribuído às perdas (reais ou esperadas) dos demandantes do produto relevante (ou representantes, em caso de processo administrativo);  $\alpha_p$ , o peso relativo a ser atribuído aos ganhos (reais ou esperados) da empresa resultante de ato de concentração (ou representado) e de suas concorrentes;  $B_{\alpha_o}$ , os ganhos ou benefícios privados associados à conduta ou ao ato de concentração, devidamente ponderados;  $C_{\alpha_d}$ , as perdas privadas que resultam da conduta ou do ato de concentração, também ponderadas<sup>11</sup>. Então (2) pode ser substituída pela expressão

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

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  $B_{\alpha_o}$  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  $j$

<sup>11</sup> Assim como antes,  $\alpha_d = 1$  e  $\alpha_p \in \{0,1\}$ .

– 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<sup>12</sup>. As perdas  $C\alpha_d$  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 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 excludentes, 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” da *lógica de argumentação* em parte explícita, e em parte implícita, nesses mesmos processos decisórios. No primeiro caso, tanto a condição como os valores dos pesos relativos – que são elementos

---

<sup>12</sup> 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,  $\Delta L_j$  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 8884/94? À primeira vista, pode parecer que a lei só contempla, “de um lado”, as empresas envolvidas na operação (as “participantes”) e, “de outro lado”, os demandantes do produto relevante. No meu entender, esse entendimento é incompleto. 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 desde um ponto de vista estritamente *teórico* (esses acionistas, afinal de contas, também são consumidores finais). Se tal inclusão torna a análise antitruste excessivamente complexa, é uma outra questão, que será abordada na seção II abaixo.

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 segundo caso, são ambos extraídos 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 práxis da aplicação da lei irá ressurgir, enquanto *padrão normativo* de argumentação e decisão, no formato de delimitador e mapa do terreno apenas dentro 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,  $B_{\alpha_o}$  e  $C_{\alpha_d}$ . 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  $\alpha$ 's – correspondentes<sup>13</sup>. Ao final, se o caso assim o exigir, a análise pode desembocar na necessidade de algum estudo quantitativo para a determinação de  $C$ ,  $B$  e  $\alpha_p$ , 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.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Um caso particular ocorre se  $\alpha_p = 0$ , situação em que o retângulo degenera e o espaço de argumentação se reduz. Um exemplo poderia estar em atos de concentração em que há a “eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante”. No caso de ato de concentração que afetar mercados relevantes em que os demandantes são “consumidores ou usuários finais”, pode cogitar-se a obrigatoriedade da substituição de (4) pelo *price standard*.

<sup>14</sup> Cf. a respeito a Seção II abaixo.

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 8884, 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 um 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 fazem 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 escancarada.

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 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.

Vamos 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<sup>15</sup>. Se supomos que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar algo

<sup>15</sup> O algoritmo é uma criação dos norte-americanos e encontra expressão nos *Guidelines* publicados pela FTC e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (a primeira edição é de 1982). Dos Estados Unidos, ele se difundiu para os demais países – no Brasil, encontra-se no “Guia Conjunto SEAE/SDE para Análise de Atos de Concentração Econômica”.

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 tornar-se a solução preferida do ponto de vista social quando contabilizamos os *custos com a tomada da decisão* e os *custos associados a decisões eventualmente equivocadas*, e modificamos, correspondentemente, a função a ser maximizada:

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

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  $\Delta G_{\alpha} \geq 0$ <sup>16</sup>;  $\beta$ , 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, 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  $\beta$  e *y*, de tal

<sup>16</sup> 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.

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  $\beta$ . De todo modo, para um dado valor de  $\beta$ , 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  $\beta$ ,  $y^*$  minimiza  $CD + pCE$ <sup>17</sup>. 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  $\beta$  abaixo de um certo patamar “crítico” –, e ambas as metodologias tendem a desembocar na mesma alocação  $x$  (ou em alocações formula e formula “suficientemente indistinguíveis” entre si do ponto de vista prático) como a que maximiza o valor de (4).<sup>18</sup>

É difícil afirmar, sem um amplo estudo empírico e comparativo, algo acerca dessa questão que tenha validade geral, mas há razões para acreditar-

<sup>17</sup> Fazendo  $S = CD + pCE$ , tem-se, para todo  $x$ ,

$$G_{\alpha}^*(x, y_1) \geq G_{\alpha}^*(x, y_2) \Leftrightarrow G_{\alpha}(x) - S(\beta, y_1) \geq G_{\alpha}(x) - S(\beta, y_2) \\ \Leftrightarrow S(\beta, y_1) \leq S(\beta, y_2)$$

<sup>18</sup> 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).

mos 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)<sup>19</sup>. 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  $\beta$  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. 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 re-introduzimos 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 *frequência* com que erros são cometidos, e que os erros de decisão são basicamente de dois tipos, a saber, aprovação com  $\Delta G_{\alpha} < 0$ , e não aprovação com  $\Delta G_{\alpha} \geq 0$ . Considerando-se a superioridade de informações e recursos que marca a posição das requerentes em relação à da autoridade, é de se esperar que o erro do primeiro tipo ocorra com uma frequência superior à frequência da ocorrência de erros do segundo tipo. Isso sugere que há, nas decisões das autoridades, um viés pró-requerentes que é relativamente sistemático. Esse viés, certamente, é 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

<sup>19</sup> 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?”, John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 70, 1999.

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 poderia ser entendida, 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 justifica-se enquanto resultado de uma “decisão de segunda ordem”<sup>20</sup>, 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 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., das etapas do algoritmo)<sup>21</sup>, 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 HHI, esteja fora de questão. Agentes econômicos que vislumbrem operações com

<sup>20</sup> Ver, para o que segue, Sunstein e Ullmann-Margalit, “Second-Order Decisions”, *Ethics*, Vol. 110, October 1999.

<sup>21</sup> Em países como o Brasil, em que o algoritmo foi incorporado apenas com ligeiros ajustes, esse custo inicial é pouco significativo.



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 aproveem irrestritamente operações que “eliminem a concorrência em parte substancial do mercado relevante”. Com isso, evitar-se-iam situações indesejáveis como aquela que se presenciou no caso *Nestlé*, e a discussão substantiva poderia ser deslocada, da análise das eficiências (a parte mais especulativa e intransparente do processo de análise), para a etapa da definição do mercado relevante e a identificação de seus participantes e das respectivas participações.<sup>22</sup>

## II. O que é “provar juridicamente” que $\Delta G_{\alpha} \geq 0$ ?

A competência profissional do jurista é essencial para a detecção, validação e o controle da licitude da implementação dessas “decisões de ordem superior” que dão forma e asseguram operacionalidade ao direito antitruste<sup>23</sup>. 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 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

<sup>22</sup> 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 análise de atos de concentração econômica. A lei brasileira parece ter adotado 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*”).

<sup>23</sup> 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.

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 por que 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 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 uma 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. 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.

Seja  $\Gamma$  o conjunto das *provas juridicamente admissíveis*, e  $p: \wp(\Gamma) \rightarrow [0,1]$ , uma função bijetora que associa probabilidades de erro a subconjuntos de  $\Gamma$  (medidas por referência ao que se considera uma decisão correta)<sup>24</sup>. Um *standard de prova*  $p^*$ , relativo à decisão  $d$  do julgador  $j$ , é a

<sup>24</sup> A expressão  $\wp(\Gamma)$  denota o *conjunto das partes* de  $\Gamma$ , i.e., o conjunto de todos os

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 conjunto de provas  $E$  “satisfaz”  $p^*$  se e somente se  $p(E) \leq 1 - p^*$  (ou seja, 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 o conjunto dos conjuntos de provas em  $\wp(\Gamma)$  que satisfazem 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., 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 escolher 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 formula. Um “conjunto ótimo de provas para a autoridade investigadora” é um  $E \in E_{p^*}$  que exhibe essa propriedade (assumindo 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 da *perda total* do agente  $i$  no contexto 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  $p_e: \wp(\Gamma) \rightarrow [0, 1]$ , uma função bijetora que associa, a cada subconjunto de  $\Gamma$ , 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 teoria,  $i$  escolherá um conjunto de provas  $E_i$  que lhe gera a máxima probabilidade de êxito,

---

subconjuntos de  $\Gamma$ . 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

$$\sum_{E \in \wp(\Gamma)} p(E) = 1.$$

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  $p_e(E_{inv} \cup E'_i) > p_e(E_{inv} \cup E_i)$ , 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  $E_i \in \mathcal{O}(\Gamma)$ , em relação aos quais não exista  $e \in \Gamma - E_i$  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  $\mathcal{O}(\Gamma)$  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, i.e., no caso do agente  $i$ , o conjunto dos  $E_i \in \mathcal{O}(\Gamma)$  tais que, para toda prova  $e \in \Gamma - E_i$ , tenha-se  $(P) [p_f(E_i) - p_f(E_i \cup \{e\})] < c(\{e\})$ . Um “conjunto ótimo de provas 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 presentes as condições necessárias para a existência de um ótimo).

E a autoridade *juizadora*? O objetivo do juiz, idealmente, é promover o ótimo social, i.e., escolher uma alocação  $x$  e um nível de dispêndio  $y$  que maximizam (6). Vimos acima 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 aquela que “realmente” maximiza (4). Na seção I.(c),  $y$  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 juiz, seriam por este indireta e decisivamente influenciados. Essa premissa é justificada apenas se não é verdade que o juiz é refém das estratégias das partes, ou seja, que ele é omissivo 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 juiz, 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 de provas juridicamente admissíveis. Se o juiz 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*<sup>25</sup> da parte na estimação da sua probabilidade de êxito, são fatores-chave na conformação do seu incentivo a gastar. É raro achar-se 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 opção pelo advogado que escolherá um  $E_i$  de maneira a garantir que  $p_e(E_i) = 1$ . Na prática,  $i$  toma como certo o ganho  $-P$  e dispõe-se a gastar, para tal fim, aquilo que pode gastar. Diante desse quadro, e por sua vez, o advogado não tem alternativa a não ser jogar esse jogo e fazer o que está ao seu alcance para vencer ou, no pior dos casos, passar ao cliente a imagem que fez o impossível e que a responsabilidade por uma eventual derrota não é sua. De outro lado, sem sinalizações explícitas e um controle rigoroso por parte do julgador, a autoridade investigadora é também, inevitavelmente, arrastada para dentro desse jogo ineficiente. É aqui que se faz sentir, de uma forma dramática, a assimetria de recursos e informação entre agentes públicos e agentes privados, o que contribui 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

<sup>25</sup> Sobre esse e outros vieses, ver Kahneman, Slovic e Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press, 1982. Ver ainda Jolls, Sunstein e Thaler, “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1471-1550, 1998; também, Bar-Gill, “The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation”, *Discussion Paper No. 373*, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School.

obter uma redução da sanção”; ou então: “Se você for adquirir um rival e gerar uma participação de mercado superior a X% 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 cuido do resto”.

No Brasil, onde o legislador optou por delegar à Administração Pública o *public antitrust enforcement* e os recursos alocados para tal finalidade são escandalosamente escassos, essa função de sinalização para análises de custo e benefício deve ser explorada até as fronteiras do juridicamente permitido. Tão importante quanto a escolha do sinal apropriado para cada classe de situação (a examinar na subseção seguinte), é a ferramenta jurídica empregada, a saber: resolução, precedente ou uma mistura de ambos. De novo, tem-se aí a necessidade de uma decisão de segunda ordem. Parece-me que, quanto a esta questão, a melhor escolha é uma combinação entre o comprometimento da resolução e o ajuste passo-a-passo que só o precedente é capaz de propiciar. A resolução é oportuna em virtude das discontinuidades institucionais que desorientam advogados e seus clientes. Por outro lado, a complexidade da tarefa recomenda que a norma geral se ocupe de fixar a moldura e desenhar o contorno das figuras, e reserve, ao acúmulo de experiências e à evolução do conhecimento técnico, o trabalho de retoque e preenchimento gradual do seu conteúdo.

Seja qual for o instrumento usado, 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 indissolúvel de acúmulo de provas que deve ser encerrado ao atingir o seu “ponto ótimo de parada”. A idéia é que a instrução inicia com um conjunto formula de provas, que vai sendo ampliado apenas se o custo *social* de produção da prova adicional é compensado pelo benefício *social* que essa prova produz<sup>26</sup>, e que consiste na redução do custo de uma decisão banca-

<sup>26</sup> 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

da exclusivamente pelas provas até então acumuladas, ponderado pela probabilidade de erro de uma tal decisão. O problema do julgador é induzir os agentes privados (e, por extensão, as autoridades investigadoras) a se comportarem, predominantemente, de uma maneira socialmente desejável – 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.

Esses sinais devem prover informações de três tipos, a saber, a respeito (i) dos standards de prova mais relevantes (*e.g.*, para caracterização de uma infração antitruste e verificação de que um ato de concentração não pode ser aprovado incondicionalmente), (ii) do momento apropriado para a exibição das provas, e (iii) da maneira como cada prova ou classe de prova juridicamente admissível afeta a probabilidade de êxito de quem a exhibe. Quanto ao primeiro ponto, é preciso *separar* o controle dos atos de concentração da investigação de condutas anticompetitivas – admitindo-se, nesses dois casos, que está em jogo uma possível restrição ao exercício de direitos (ou no mínimo, um ato do poder público que compromete a realização de um interesse privado) e, portanto, que é cabível a invocação do princípio do devido processo legal em toda a sua amplitude<sup>27</sup>. A diferença está em que, em um caso, há contra alguém acusação de cometimento de ato ilícito e eventual imposição de sanção, ao passo que, no outro, tem-se, na pior das hipóteses, a não ocorrência da aprovação de ato ou contrato submetido ao controle estatal, aprovação que é *condição juridicamente necessária à eficácia do direito* à sua realização (art. 54, §7º, da Lei 8884/94). Salvo engano, não se lê no mandamento constitucional do devido processo legal qualquer restrição à decisão de não aprovar um ato de concentração que as provas revelem, *preponderantemente*, ser prejudicial ao bem-estar soci-

---

rú 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.

<sup>27</sup> Cf. a esse respeito o Voto do Ministro Gilmar Mendes no MS 24268/MG, de 15/03/2004, com referências a outros julgados do STF.

al. Isso não vale, por outro lado, para a condenação de alguém por infração da ordem econômica. Aqui, todas as “dúvidas razoáveis” deverão ter sido *eliminadas* antes da condenação, ou seja, há que se procurar – não o *neverland* da certeza absoluta, mas sim – um estado de convencimento no qual a *probabilidade de erro é suficientemente próxima de 0*. A principal vantagem dessa diferenciação está no que ela implica para nosso entendimento a respeito do que seria uma prova ou diligência “inútil”, “desnecessária” ou “protelatória” (ver os arts. 14, IV e 130 do CPC, bem como o art. 38, §2º, da Lei 9784/99). Aquilo que, à luz do mesmo conjunto de provas acumuladas, é “desnecessário” para a análise dos efeitos de um ato de concentração, pode não o ser para a análise dos efeitos de uma conduta que alegadamente infringe o art. 20 da Lei 8884/94. Isso é um alerta para a autoridade. Mas há a contrapartida: o que aqui vale como “necessário”, lá pode não valer; e se não vale, se é desnecessário, deve ser indeferido pelo julgador ou então desentranhado dos autos.

Uma discussão produtiva do segundo ponto deveria começar pelo reconhecimento de que qualquer advogado que está acostumado a operar no limite das normas do processo civil ou – com mais razão – do processo penal, não tem como deixar de notar a indisciplina que reina nos processos administrativos que tramitam pelo Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência, especialmente nos procedimentos de análise de atos de concentração. Tal indisciplina faz-se sentir, predominantemente, nas indefinições em relação ao quê e ao quando da apresentação de provas e no desrespeito sistemático aos prazos legalmente estabelecidos. Não é este o espaço para a imputação de culpas e responsabilidades por este grave estado de coisas. O ponto é que qualquer tentativa inteligente de solução desse problema exige do julgador uma atitude menos passiva. É verdade que esse é um assunto espinhoso, especialmente diante do art. 3, III, da Lei 9784/99, o qual confere ao administrado o direito de “formular alegações e apresentar documentos *antes da decisão*”, determinando que sejam “objeto de consideração pelo órgão competente”. Nenhum direito, porém, é incondicional. Um dos limites está dado pelos citados artigos do CPC e o art. 38 da própria Lei 9784/99. Mas há outros. O princípio da eficiência administrativa (que, complementarmente à proibição do abuso do direito a um devido processo legal, serve para fundamentar o art. 38), por exemplo, autorizaria o recurso a um mecanismo do tipo regra/exceção a fim de impor um mínimo de ordem na situação. A regra: “É proibido formular alegações e apresentar documentos após a ocorrência do evento *E* no processo”, seria acompanhada de uma exceção: “Salvo nas hipóteses (...)”. Candidatos naturais a prazos fatais e condições excepcionantes existem e são simples de listar, e talvez não seja demais imaginar que a edição de uma resolução clara, precedida de ampla consulta pública, contasse com a apoio



e a simpatia dos principais advogados formadores de opinião nessa área.<sup>28</sup>

Transmitir informação sobre os standards de prova e as normas que governam o processo é uma tarefa da autoridade julgadora extremamente importante para induzir a convergência da instrução para o ponto ótimo de parada. A sua eficácia, porém, é duvidosa se ela estiver desacompanhada de sinalizações adequadas a respeito da relação funcional entre conjuntos de provas e probabilidades de êxito. Se à autoridade julgadora, assim como ao juiz, está assegurada a “livre apreciação da prova”, essa liberdade é juridicamente condicionada pelo dever de indicar na sua decisão – para empregarmos a linguagem do art. 131 do CPC – “os motivos que lhe formaram o convencimento”. É então o cumprimento desse dever na forma da elaboração *regrada* (e da estabilização) de correspondências entre motivos e decisões, a principal fonte de sinais para esboçar uma relação funcional entre conjuntos de provas e probabilidades de êxito. No direito antitruste, tal “elaboração regrada” ocorre sobre um solo prévia e minuciosamente mapeado pela teoria econômica (e em um terreno objetivamente limitado, no caso concreto, por conhecimentos de engenharia de produção, administração de negócios, etc.). Isso confere estrutura ao espaço no qual o julgador seria supostamente “livre” para apreciar as provas apresentadas pelas partes e pelo investigador, deixando-o, porém, intocado justamente ali onde a presença de restrições é mais sentida, a saber, na ponderação de argumentos econômicos mais sofisticados. A subseção a seguir explora esse problema em mais detalhe.

### *(b) Métodos Quantitativos e a “Disciplina Daubert”*

O recurso à econometria e à teoria dos jogos está em alta no direito antitruste. Os principais exemplos vêm dos exercícios de simulação dos efeitos de atos de concentração econômica, mas não faltam casos no campo das condutas anticompetitivas, em especial na investigação de cartéis e práticas de exclusão de rivais. Nos Estados Unidos, o fenômeno começa a ser percebido mais amplamente a partir do início dos anos 90 do século passado, e a literatura parece já ter completado o primeiro ciclo de um processo de amadurecimento cognitivo que se fecha com a reflexão crítica de uma experiência como sempre marcada pela combinação entre teoria e prática. No Brasil, esse instrumental foi intensamente usado por requerentes e impugnantes no ato de concentração envolvendo a aquisição da *Garoto* pela *Nestlé*, mas a autoridade julgadora foi, apa-

---

<sup>28</sup> Uma resolução sobre o assunto certamente teria que cuidar também dos prazos dos atos do Poder Público, a fim de ajustar os incentivos no sentido da máxima realização da eficiência processual, da segurança jurídica e do direito ao devido processo legal.

rentemente, poupada da ingrata tarefa de manifestar-se sobre o mérito dos argumentos mais técnicos em virtude de um providencial e inesperado consenso em relação ao valor das eficiências necessárias para aprovar a operação. Futuros julgadores provavelmente não terão a mesma sorte, e é portanto recomendável que enfrentemos logo a questão sobre os cuidados exigidos para o manuseio apropriado desse aparato no âmbito da aplicação do direito antitruste.

A parte geral da discussão passa por um estudo mais amplo da relação entre direito (sistema jurídico) e ciência (sistema científico)<sup>29</sup>. Para os presentes fins, será suficiente tomar como ponto de partida a encruzilhada a que chegou o debate norte-americano acerca do uso de modelos de simulação na análise de fusões e aquisições<sup>30</sup>. Em um recente *paper* intitulado “A *Daubert* Discipline for Merger Simulation”<sup>31</sup>, três autores insuspeitos: Gregory Werden, Luke Froeb e David Scheffman, defendem que o uso desses modelos esteja, nesse âmbito, sujeito a restrições por eles batizadas de “disciplina *Daubert*”. O nome presta homenagem à decisão da Suprema Corte em *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, uma decisão admirável em que a Corte fixou uma nova posição no tocante à questão da *admissibilidade de provas científicas* pelas cortes federais. Os autores especificam a lição geral deixada por *Daubert* no sentido de uma exigência aplicável a todo exercício de simulação levado a cabo no âmbito da análise de um ato de concentração, mais precisamente: “every

<sup>29</sup> Ver, por exemplo, Breyer, “The Interdependence of Science and Law”, *Science and Technology Policy Yearbook*, Cap. 9, American Association for the Advancement of Science, 1999. Em um idioma alternativo, seria esse o lugar para reflexão sobre as características do “acoplamento estrutural” entre o sistema científico e o sistema jurídico.

<sup>30</sup> Ver, entre outros, Werden, “Simulating the Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: A Practical Alternative to Structural Merger Policy”, *George Mason Law Review*, Vol. 5, 1997, pgs. 363-386; Baker e Rubinfeld, “Empirical Methods in Antitrust Litigation”, *American Law and Economics Review*, Vol. VI, 1999, pgs. 386-435; Crooke, Froeb, Tschantz e Werden, “Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria”, *Journal of Industrial Organization*, Vol. 15, 1999, pgs. 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*, Vol. 11, 2003, pgs. 47-63; e, Werden, Froeb e Scheffman, “A *Daubert* Discipline for Merger Simulation”, *Working Paper* FTC, 2004. Para uma reflexão mais geral acerca da incorporação de técnicas econométricas de análise no âmbito de processos de decisão jurídicos, ver Rubinfeld, “Econometrics in the Courtroom”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 5, 1985, 1048-1097.

<sup>31</sup> Ver Nota de Rodapé 30, o penúltimo texto mencionado, ao qual far-se-á referência, daqui em diante, como “WFS”.

modeling choice in a merger simulation apt to matter significantly [must, LFS] be accompanied either by some sort of justification or by a sensitivity analysis indicating its impact.” A parte final do presente artigo se ocupa de explicar o que isso quer dizer e reproduzir as recomendações dos autores para a regulação jurídica da questão da prova, no tocante aos referidos modelos, por parte da autoridade julgadora – as quais deveriam valer também, e sobretudo, para a autoridade brasileira.

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 um 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<sup>32</sup>. 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 incontrolável.<sup>33</sup>

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 seqüência de decisões de estratégia teórica e metodológica pelo analista<sup>34</sup>. 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

---

<sup>32</sup> Ver Froeb e Werden, “An Introduction to the Symposium on the Use of Simulation in Applied Industrial Organization”, *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 7, No. 2, 2000, pgs. 133-137. Custos marginais não precisam ser estimados, pois são deduzidos das condições de primeira ordem dos problemas de maximização.

<sup>33</sup> Cf. Werden, texto citado na Nota de Rodapé 30.

<sup>34</sup> Cf. WFS, pgs. 13 e seguintes.

não induz demandas por explicitação – diferentemente do que se passa nos casos de simulação. O problema surge, paradoxalmente, quando se nota 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 incontroláveis quanto os que motivaram o recurso à ferramenta da simulação. Pense-se, para começar, na decisão relativa *ao modelo a utilizar* 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 limitação 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 limitação, 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, a 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<sup>35</sup>: 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*”<sup>36</sup>. Se não

<sup>35</sup> WFS, pg. 5.

<sup>36</sup> WFS, pgs. 3 e seguintes, onde se lê a qualificação de que tal exigência não significa obviamente a “*perfeita adequação*” do modelo aos fatos.

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 (positivamente 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 a autoridade investigadora, veja-se induzida a manipular a teoria no sentido de se tornar imune a objeções.

O problema se repete diante de uma segunda escolha estratégica fundamental que cabe ao analista tomar quando elabora uma análise de simulação, a saber, a escolha dos *valores das elasticidades próprias e cruzadas*, ainda que o remédio seja outro: em vez de “some sort of justification” em um postulado da teoria econômica ou nos fatos da indústria, a *análise de sensibilidade*. O cálculo dos valores para as elasticidades é realizado, normalmente, após a análise econométrica de uma série de dados referentes a preços e quantidades dos produtos envolvidos, e pode afetar, significativamente, a conclusão a respeito do aumento de preços associado à operação<sup>37</sup>. A estimação das elasticidades, entretanto, sujeita-se a uma série de imprecisões, causadas sobretudo por problemas com a quantidade e a qualidade dos dados. Sendo esse o caso, WFS sugere a investigação da *sensibilidade* da prognose que resulta da simulação a diferentes escolhas de valores (por exemplo, dentro de um certo intervalo) para as elasticidades. Quanto menos robusta a diferentes valores for então essa prognose, menor sua confiabilidade e, portanto, menor também a diferença que a simulação faz em termos de uma alteração nas probabilidades de êxito.

Por último, ainda que valores confiáveis para as elasticidades possam ser inferidos a partir das informações relativas a preços e quantidades disponíveis para análise, o modo pelo qual as elasticidades *variam* em função de variações nos preços não se deixa determinar de igual maneira, pois essa determinação depende da forma funcional (ou “curvatura”) da demanda, e a *escolha da forma funcional* da demanda pode ser determinante para o resultado de uma simulação. Diferentes formas funcionais podem estar associadas a resultados diferentes em relação ao aumento esperado nos preços do produto relevante, de tal modo que, a depender da escolha, conclusões opostas no que se refere à aprovação da operação podem emergir<sup>38</sup>. Segundo WFS, há dois modos de so-

<sup>37</sup> Para uma ilustração, ver WFS, pgs. 14-15.

<sup>38</sup> Ver WFS, pgs. 15 e seguintes; ainda, Crooke *et al.*, texto citado na Nota de Rodapé 30.

lucionar o problema da incerteza em relação ao formato da função demanda. O primeiro é uma *alternativa* à simulação, e consiste na substituição da questão acerca do aumento esperado nos preços associado à operação (supondo inexistência de reduções nos custos marginais) pela questão acerca da redução nos custos marginais que seria necessária para impedir qualquer aumento nos preços<sup>39</sup>. Essa alternativa é interessante quando a análise de atos de concentração segue o *price standard*, mas ela é insuficiente nos demais casos. Para esses últimos, WFS recomenda a *decisão mais conservadora*, vale dizer, para quem defende, a escolha da forma funcional da demanda que produz o *maior* aumento possível nos preços, e para o impugnante, a opção pela forma funcional associada ao *menor* aumento possível nos preços.

Esses cuidados com respeito à escolha do modelo formal, dos valores das elasticidades e da forma funcional da demanda devem ser redobrados em jurisdições em que, como ocorre no Brasil, as autoridades vêm-se forçadas a lidar com dados escassos e de pouca qualidade, e são enormes as assimetrias existentes entre as mesmas e os agentes privados envolvidos no procedimento. Essa é uma razão a mais para que a utilização de métodos quantitativos seja reservada para situações em que uma decisão baseada somente em argumentos qualitativos possa ser incorreta com uma probabilidade elevada. Nos casos extremos, simulações devem ser desincentivadas por meio de uma radicalização das regras de parada de que se compõe o algoritmo tradicional. E, mesmo quando apropriadas (*e.g.*, a definição do produto relevante é difícil, as participações de mercado são muito sensíveis a definições alternativas, mas não atingem um patamar suficientemente elevado para presumir-se aplicável a regra do art. 54, §1º, III), as simulações deveriam apenas complementar as análises de natureza estrutural e, preferencialmente, cumprir uma função crítica em vez de positiva. Esse é o preço a se pagar por toda teoria científica que pretenda servir à racionalização dos processos de aplicação do direito: o sacrifício da pureza, decorrente da contaminação pelas vicissitudes e imperfeições inerentes à realidade das instituições.

<sup>39</sup> Ver Werden, “A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 44, 4, 1996, pgs. 409-413; cf. ainda WFS, pg. 17.