

A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Luis Fernando Schwartz**

O termo “concorrência” aparece três vezes na Constituição Federal (“CF”). Em duas delas, ambas no Capítulo I do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), em um sentido *prima facie* relevante para o direito da concorrência:¹ na primeira vez, o art. 170 proclama a “livre concorrência” como um dos princípios da ordem econômica constitucional; e na segunda, o § 4.º do art. 173 determina que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise (...) à eliminação da concorrência (...)”. Neste último caso, a expressão não mais se refere diretamente ao princípio jurídico, mas ao estado de coisas que, junto com a “dominação de mercado” e o “aumento arbitrário de lucros”, deve ser reprimido pela lei. A menção à livre concorrência enquanto princípio jurídico reaparecerá no art. 1.º da Lei 8.884/94, que dispõe, precisamente, sobre a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (...)”. De acordo com o art. 1.º, a livre concorrência é um dos “ditames constitucionais” a “orientar” as referidas prevenção e repressão – ao lado da liberdade de iniciativa, da defesa dos consumidores, da função social da propriedade e da repressão ao abuso do poder econômico. E no texto do art. 20 da mesma lei, que introduz o conceito de “infração contra a ordem econômica”, iremos reencontrar, conforme esperado, a referência à eliminação da concorrência, ao domínio de mercado e ao aumento arbitrário de lucros, entre os “objetos” e “efeitos” aos quais a lei se dirige repressivamente (o análogo “preventivo” pode ser encontrado no art. 54 da Lei 8.884/94).

Há várias questões interessantes para formular e responder sobre a relação entre o conteúdo dos arts. 170 e 173, § 4.º, da CF, de um lado, e a interpretação dos principais artigos da Lei 8.884/94, de outro lado. Por exemplo, está o legislador infraconstitucional *circunscrito* às hipóteses previstas no § 4.º do art. 173 para restringir, em nome de uma política de defesa da concor-

* Professor da FGV Direito Rio.

¹ A CF ainda faz uso deste termo no seu art. 146-A (introduzido pela Emenda Constitucional 42/2003), segundo o qual “critérios especiais de tributação” poderão ser criados por lei complementar para prevenir “desequilíbrios da concorrência”.

rência, a liberdade de iniciativa dos agentes detentores de poder econômico? Em caso positivo, em que medida a limitação afeta a interpretação do art. 20 da Lei 8.884/94, em particular, como ela repercute sobre a discussão acerca da admissibilidade da “regra *per se*” na repressão das condutas anticompetitivas no direito brasileiro, ou ainda acerca da necessidade da prova do elemento de intencionalidade na caracterização de infrações desta espécie? A direção escolhida neste artigo, no entanto, não é a da busca hermenêutica de implicações do texto constitucional para as atividades de interpretação e aplicação da Lei Antitruste ou a da investigação de como evoluiu a referida relação ao longo do tempo. Surpreendentemente, apesar das óbvias conexões semânticas entre as “partes” constitucional e infraconstitucional da afirmação da defesa da concorrência no direito brasileiro, bem como da aparente semelhança estrutural entre as formas desta afirmação nos arts. 170 e 173, § 4.º, da CF, e 1.º e 20 da Lei 8.884/94, os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido *impermeáveis* a argumentos substantivos de natureza constitucional. Em particular, a fundamentação das decisões tem dispensado quaisquer referências aos princípios constitucionais expressos, inclusive, no art. 1.º da lei e seguido um caminho alternativo à divisão das normas em princípios e regras e à construção dos argumentos a partir da sua combinação (entre si e uns perante as outras) segundo métodos de decisão jurídica razoavelmente difundidos (*e.g.*, a “ponderação de princípios”). O propósito do presente artigo é apresentar e discutir o significado desse peculiar e notável fenômeno de impermeabilização e “desconstitucionalização metodológica” do direito de defesa da concorrência brasileiro.

I. Duas estratégias de solução de problemas jurídicos

Em um artigo publicado em 1992,² Richard Posner diferencia duas espécies de “raciocínio jurídico” como preâmbulo metodológico à sua análise sobre a questão dos “direitos constitucionais não-enumerados”, a saber, o “de cima para baixo” (*top down*), e o “de baixo para cima” (*bottom up*):

² Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights, *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), p. 433-450. Para uma análise mais completa e focada na questão metodológica, v. Cass Sunstein, On analogical reasoning, *Harvard Law Review*, 106 (1993), p. 741-791.

In top-down reasoning, the judge or other legal analyst invents or adopts a theory about an area of law – perhaps all law – and uses it to organize, criticize, accept or reject, explain or explain away, distinguish or amplify the existing decisions to make them conform to the theory and generate an outcome in each new case as it arises that will be consistent with the theory and with the canonical cases, that is, the cases accepted as authoritative within the theory. The theory need not be, perhaps never can be, drawn ‘from’ the law; it surely need not be articulated in lawyers’ jargon. In bottom-up reasoning, which encompasses such familiar lawyers’ techniques as ‘plain meaning’ and ‘reasoning by analogy’, one starts with the words of a statute or other enactment, or with a case or a mass of cases, and moves from there (...) The top-downer and the bottom-upper do not meet.³

A rigor, a diferença entre essas duas estratégias de teorização não corresponde à diferença entre as teorias “dedutivas” e “não-dedutivas”. Uma teoria *top-down* pode ser composta indutiva, abdutiva⁴ ou analogicamente a partir da agregação de observações isoladas de comportamentos dos agentes que exercem influência relevante em processos de aplicação do direito. Por outro lado, ainda que, segundo a caracterização de Posner, inferências não-dedutivas aparentem estar necessariamente presentes na construção das premissas normativas de que partirá a solução dos casos concretos nas teorias *bottom-up*, as complicações filosóficas que permeiam o uso dos conceitos de indução, abdução e analogia, bem como a crença de que se pudesse fabricar, *exclusivamente* com o auxílio destes métodos, proposições e normas *gerais*, tornam nebuloso o isomorfismo entre os referidos tipos de teoria. O exemplo do *common law*, em vez de negá-lo, apenas parece confirmar que a

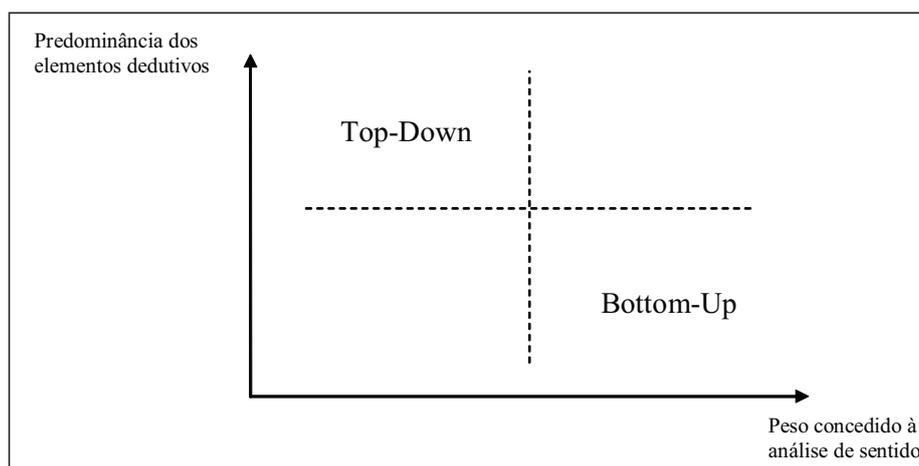
³ Posner, op. cit., p. 433.

⁴ O termo “*abdução*” refere-se a um tipo de inferência que, de um dado conjunto de fatos, procura extrair uma hipótese que melhor explica tais fatos. Inferências abduativas são extremamente comuns no âmbito da aplicação do direito, em especial na determinação das premissas factuais das inferências que racionalizam os processos de adjudicação (cf. David Schum, Species of abductive reasoning in fact investigation in law, *Cardozo Law Review*, 22, 2001, p. 1645-1681). O mesmo tipo de raciocínio também poderia, em princípio, servir para a descrição de processos inferenciais envolvidos na operação de teorias normativas no sentido especificado acima (para os presentes fins, não é relevante saber se o método indutivo pode ou não ser visto como caso particular de abdução, conforme sugerido, por exemplo, por G. Harman ou John Josephson).

gênese puramente analógica ou indutiva do direito a partir do caso é ilusória, já que pressupõe sempre a existência de um critério *normativo* que direcione a seleção *dos* casos que estarão, ao longo dessa gênese, sendo tratados como relevantes ou exemplares. E a justificação de uma inferência abductiva pode depender da confirmação da hipótese geral por meio dela inferida a partir da combinação de outras modalidades de raciocínio, incluindo a dedutiva.

A diferença entre teorias normativas *top-down* e *bottom-up* ficaria mais precisa se pensássemos na separação entre métodos dedutivos e não-dedutivos em um contínuo de estratégias de construção de critérios normativos, onde “elementos” de uma ou outra origem fossem *preponderantes em maior ou menor grau*, e a ele acrescentássemos uma *segunda* dimensão metodológica, referente ao peso que, nesta construção, se concedesse à *análise de sentido dos textos de direito positivo prima facie aplicáveis*. Neste espaço bidimensional, representado graficamente na figura a seguir, uma determinada teoria será tanto mais *top-down* quanto maior for a predominância de elementos dedutivos, e menor for o peso da análise do sentido dos textos de direito positivo aplicáveis, na aquisição de seus critérios normativos.

ESPAÇO DAS ESTRATÉGIAS



Teorias do direito ou de partes específicas do direito do tipo *bottom-up* são mais afins ao modelo dominante, nas nossas escolas de direito, de educação para o exercício das profissões jurídicas. Obviamente, isso não é um acaso, pois a formação dos juristas está vinculada às concepções nor-

mativas vigentes a respeito dos modos de produção do direito,⁵ em particular aos processos mais amplos de sua positivação e de configuração de hierarquias quanto às suas “fontes” produtoras. Por exemplo, a primazia concedida à dogmática jurídica de estilo europeu-continental, que enfatiza a exegese de textos legais usando um conjunto de “cânones” hermenêuticos bem-estabelecidos e a reconstrução de conceitos e institutos jurídicos a partir de processos de classificação e abstração; ou à casuística de estilo anglo-saxão, que enfatiza a análise semântica de decisões individuais valendo-se de técnicas de extração de diretrizes gerais a partir de casos tratados como paradigmáticos e do raciocínio analógico para sua transmissão aos casos futuros, talvez possam ser, ambas, reconduzidas a determinadas concepções acerca da autoridade para o exercício do poder de criar normas jurídicas e acerca das modalidades deste exercício: no primeiro caso, a concepções mais inclinadas em direção aos membros do Legislativo e à expressão escrita de sua “vontade racional” tal como reconstruída dos textos de leis em vigor; e no segundo caso, a concepções mais inclinadas em direção aos membros do Poder Judiciário e à evolução do direito vigente por meio dos mecanismos de formação e transformação da jurisprudência.⁶

Ainda na linha desta hipótese, as estratégias *top-down* de solução de problemas jurídicos usualmente carregariam consigo elementos de resistência ou indiferença com relação a tais autoridades e modos normativamente reconhecidos de criação do direito.⁷ Isto pode manifestar-se de formas tão diferentes entre si como a consideração somente de pequenos conjuntos de

⁵ O que não quer dizer que a relação de condicionamento não possa dar-se também na outra direção, *i.e.*, dos modelos de formação de juristas dominantes nas escolas de direito, para as concepções normativas a respeito dos modos de produção do direito. Porém, minha conjectura é que esse é um fenômeno bastante marginal. Provavelmente, a relação é bilateral, com uma forte assimetria entre os dois pólos ou sentidos de determinação.

⁶ Para diferenças quanto à percepção social com respeito à importância da função dos juízes nas tradições do *civil law* e do *common law*, cf. J. H. Merryman e R. Pérez-Perdomo, *The civil law tradition*, Stanford, 2007, cap. VI.

⁷ A rigor, a conclusão vale só para as teorias *normativas*, *i.e.*, as que incluem propostas acerca de como as normas gerais ou as decisões dos casos concretos *deveriam* ser. Nas demais hipóteses, não há que se falar em resistência ou desobediência, mas em explicação ou descrição do direito ou dos modos de decisão dos casos concretos tais como eles *seriam* (segundo a teoria). Um exemplo de teoria *top-down* explicativa é a que afirma que os juízes que gerenciam o *common law* norte-americano decidiriam “como se” buscassem maximizar a riqueza agregada.

textos legais ou julgados para fins de aquisição das premissas normativas a serem utilizadas nas decisões dos casos concretos (desconsiderando-se o conjunto complementar), ou a decretação de que o direito deve ser aplicado de maneira a maximizar alguma função-objetivo. Em ambas, a adoção da estratégia *top-down* faz-se tacitamente acompanhar da negação mais ou menos radical de estratégias alternativas (de aquisição de normas gerais para a decisão dos casos concretos) predominantemente orientadas nos textos em que estaria expressa a “vontade” das autoridades competentes ou formalmente legitimadas.

O recurso a uma estratégia *top-down* é revelador da tentativa de *superposição*, às premissas normativas de imediata extração dos textos *prima facie* disponíveis, de outras mais alinhadas às preferências de quem recorre à estratégia. O seu sucesso dependerá da constelação de forças em jogo ou da capacidade de criação e consolidação de padrões e rotinas nos processos decisórios que possam tornar proibitivamente elevados os custos sociais de uma mudança. Em regra, o campo de batalha desses conflitos – quase sempre inarticulados – se localiza na cúpula do Judiciário. É para lá que costumam convergir as disputas *pelo conteúdo semântico* de textos ou “manifestações de vontade” que aspiram ao status de fator de produção de normas jurídicas. Em algumas situações, não obstante, a convergência ou não ocorre ou ocorre apenas após um período significativo de tempo. Isso pode facilitar, para estratégias *top-down*, a ocupação de nichos jurídicos específicos e viabilizar a cristalização dos padrões e rotinas aos quais se referiu acima. A principal conjectura deste artigo é que algo assim verificou-se nos últimos 20 anos no Brasil com o direito de defesa da concorrência, assentando o terreno para o cultivo de um solo fértil à sua desconstitucionalização.

II. Três fatores que contribuíram para a institucionalização de uma teoria *top-down* do direito de defesa da concorrência no Brasil

A primeira lei de defesa da concorrência (em sentido próprio) do País surgiu em 1962. Trata-se da Lei 4.137, que então regulamentava o art. 148 da Constituição Federal de 1946⁸ e criou o Conselho Administrativo

⁸ Art. 148 da CF de 1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais,

de Defesa Econômica (CADE).⁹ O desenho institucional escolhido pelo legislador de 62 previa um órgão administrativo composto de cinco membros nomeados pelo Presidente da República por indicação do Presidente do Conselho de Ministros, todos “de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada” (art. 9.º): um presidente, que “exercerá o cargo como Delegado do Conselho de Ministros e será exonerado quando o Conselho assim decidir” (art. 9.º, § 1.º), mais quatro Conselheiros dotados de mandato de quatro anos, permitindo-se a recondução (art. 9.º, § 2.º). Além disso, as competências de investigação e julgamento, hoje alocadas a diferentes órgãos do “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, concentravam-se no CADE (arts. 17 e 18). Estas características, aliadas a uma definição relativamente ampla das competências do Presidente (art. 23), faziam do CADE um órgão que, embora técnico, *deveria* ser capaz de agir *também* de acordo com orientações de política *governamental*. Isso ficou evidenciado durante os anos de vigência da Lei 4.137, ao menos até a entrada em vigor da Lei 8.158/91. Ainda que não saibamos se a história teria sido diferente na ausência do golpe que depôs o governo de João Goulart em 64 e do período de ditadura que a ele sucedeu-se, o fato é que a orientação intervencionista, concentracionista e até certo ponto cartelizante dos militares era incompatível com uma política consistente de defesa da concorrência e acabou, sem a necessidade de revogação, esvaziando as partes substantivas da lei vigente. Ironicamente, a abertura da Lei 4.137/62 para a recepção de influxos e sinalizações estritamente políticos colaborou para enfraquecer e quase anular sua própria eficácia social, que praticamente apenas sobreviveu, durante a década de 80 e de maneira espasmódica, em iniciativas demagógicas de controle de preços no âmbito da execução dos planos econômicos.

Quando os ventos da economia mudaram de direção no final da década de 80 e a política econômica viu-se impelida a vergar para o lado da liberalização, era natural que a competição assumisse um papel de maior destaque e o governo passasse a preocupar-se efetivamente com a sua promoção e proteção. Neste contexto, a política de defesa da concorrência ganhou não somente novo alento, mas também um novo marco legal e um novo quadro

eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (texto em Campanhole, *Constituições do Brasil*, Atlas, 1989).

⁹ Art. 8.º da Lei 4.137/62: “É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, incumbida da apuração e repressão dos abusos do poder econômico, nos termos da presente lei”.

institucional. Criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico e, com a já mencionada Lei 8.158/91, um esboço de bipartição do poder de implementação da política de defesa da concorrência *no interior da Administração Pública*, em particular do Ministério da Justiça. Esse esboço, que só seria completado três anos mais tarde com a Lei 8.884, começa a separar, organizacionalmente, o exercício da função investigatória do exercício da função judicante, alocando (mesmo que imperfeitamente) este último ao CADE e o primeiro à recém-criada SNDE. Ao papel judicante do CADE corresponderá um procedimento de seleção dos seus cinco membros politicamente menos concentrado com a entrada em cena do Senado Federal, todos eles agora nomeados para o cargo com um mandato de dois anos e possibilidade de recondução (art. 14). O espaço de influência política *na aplicação* da lei pelos dois órgãos competentes desloca-se para a Secretaria, cujo titular é pessoa escolhida exclusivamente pelo Ministro da Justiça para a ocupação de um cargo de confiança. Não obstante, o legislador de 91 hesitará em levar a cabo este movimento de despolitização dos processos de julgamento, reservando um lugar para o ponto de vista governamental na previsão de um recurso ao Ministro da Justiça perante as decisões do CADE (art. 21) – lugar que lhe foi expressamente recusado poucos anos depois pelo art. 50 da Lei 8.884/94.¹⁰

A Lei 8.158/91 foi uma lei de transição. Ela serviu para colocar na pista certa a política de defesa da concorrência no País. Mas a decolagem só veio com a lei vigente, a Lei 8.884/94, e um conjunto de sinais mais explícitos e unívocos por parte do governo no sentido da relevância desta política e do apoio aos sujeitos encarregados de executá-la. Apesar das imperfeições e instabilidades, a estrutura organizacional que emergiu da nova lei, combinada com a boa vontade dos responsáveis pela escolha dos membros do que passou a ser denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (*i.e.*, dos Secretários da antiga SNDE, agora SDE, e da Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, bem como dos Conselheiros do CADE), desencadeou um acelerado processo evolutivo cujos resultados, avaliados em termos qualitativos segundo os *standards* internacionais e comparativamente ao desempenho de órgãos em alguma

¹⁰ Art. 50: “As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

medida equiparáveis da Administração Pública e do Poder Judiciário, foram razoavelmente satisfatórios.

Entre os fatores que mais contribuíram para este desfecho – bem improvável, do ponto de vista dos seus pressupostos –, há três que se complementam e me interessa destacar para a explicação do fenômeno da desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. Em *primeiro* lugar, teve-se um fator de natureza *político-institucional* que se gerou à sombra da sucessão de eventos resumidamente narrada acima. A peculiar combinação entre desinteresse político, isolamento organizacional e falta de efetividade, que caracterizou a defesa da concorrência no País no período entre a entrada em vigor da Lei 4.137/62 e a transição iniciada com a Lei 8.158/91, resguardou a implementação desta singular política pública de um controle mais intrusivo e estruturante por parte do Judiciário. Mantidos porém, de prontidão, a lei e o aparato administrativo necessários a uma implementação que permaneceria politicamente desamparada e contida, criou-se a possibilidade de propostas de teorização que precedessem e *antecipassem* a prática da aplicação do direito. De modo diverso do que se verificou com outras áreas do direito no Brasil, nas quais a teoria perde o atrito com a realidade institucional e se divorcia da prática que deveria orientar normativamente ou reconstruir racionalmente, o direito de defesa da concorrência aclimatou-se inicialmente entre nós sobretudo enquanto um bem de consumo cultural desprovido de uma experiência prática em relação à qual pudesse ou não alienar-se. Quando, enfim, as circunstâncias econômicas e políticas cambiaram e autoridades competentes e advogados foram convocados a fazer valer o direito vigente, as ferramentas conceituais e analíticas para a sua aplicação *tecnicamente consistente* já estavam relativamente difundidas e eram intersubjetivamente compartilhadas pelos seus principais representantes.

Para esta difusão e este compartilhamento foi ainda importante a participação de um *segundo* fator, de caráter distinto e complementar ao apontado acima, para assegurar uma qualidade satisfatória ao *enforcement* do direito concorrencial no País. O fator em questão é *cultural* e, uma vez mais, iria ligar-se aos resultados por ele condicionados de maneira pitoresca. Este não é o espaço adequado para rediscutir as notórias vicissitudes da recepção de idéias estrangeiras no País, especialmente no direito. No entanto, não é sempre que se percebe, no mimetismo ligeiro que costuma determinar tal recepção, um importante fator de produção de estados de coisas juridicamente elogiáveis – e quando isto ocorre, é fato digno de menção. Pois foi na competição pela importação dos autores estrangeiros de vanguarda

que se transplantaram para cá, em curto período de tempo, as produções mais avançadas de quase dois terços de século de jurisprudência e sofisticada discussão acadêmica norte-americanas, preenchendo um vazio teórico que, na ausência de padrões decisórios arraigados que lhes desconfirmassem, por aqui se instalaram sem resistências significativas. Aquilo que, nos Estados Unidos, era resultado parcial de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato. E o que Posner afirmou com verve polêmica acerca de si mesmo e de Robert Bork quanto à escolha da melhor teoria normativa do direito antitruste nos Estados Unidos, vale dizer: que os juízes deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista exclusivamente a maximização de alguma medida de bem-estar econômico (para os dois autores, identificada com a soma dos excedentes do produtor e do consumidor),¹¹ estava, deste lado do equador, pacificamente em vias de se tornar uma norma quase auto-evidente.

Essa aclimação foi bastante facilitada pelo *terceiro* dos fatores mencionados anteriormente, ao qual corresponderá mais uma singularidade institucional: a influência dos economistas, seja no papel de autoridades, seja no papel de consultores privados. Economistas orientam-se predominantemente em teorias, não em textos legislativos ou precedentes judiciais e administrativos. Aos seus olhos, as *doctrines* da Suprema Corte e os manuais dos especialistas norte-americanos deviam aparecer como cristalizações imperfeitas, menos sofisticadas e desnecessariamente prolixas na forma de expressão, de resultados publicados em artigos acadêmicos por cientistas no sentido institucional do termo, *i.e.*, agentes em uma empreitada coletiva permanente, mediada por teorias e metodologicamente rigorosa, de formulação e teste de hipóteses. Daí para a conclusão de que valia mais a pena ir direto aos originais e amparar-se no processo de evolução da literatura econômica foi um pequeno passo. De mero repositório para o uso ornamental de citações, o *antitrust economics* foi então se convertendo silenciosamente, poder-se-ia dizer com apenas um pouco de exagero,¹² em *fonte* do direito

¹¹ Cf. Posner, op. cit., p. 433-434.

¹² A asserção não é rigorosamente correta, pois a transformação da teoria antitruste *diretamente* em fonte do direito da concorrência teria resultado numa des-diferenciação entre ciência e direito que, na realidade, não se verificou. Para observações mais detalhadas sobre a tensa relação entre ciência econômica e direito da concorrência, ver *infra*.

brasileiro, *i.e.*, em fator de produção, modificação e seleção das premissas *normativas* empregadas nos julgamentos de casos concretos.

III. A desconstitucionalização enquanto subproduto da “Revolução do Antitruste” no Brasil

A narrativa apresentada na Seção II indicou três fatores improváveis a partir dos quais se institucionalizou no País uma teoria normativa *top-down* do direito de defesa da concorrência, ou seja, fatores que contribuíram para que uma teoria deste tipo tenha se difundido pela comunidade dos agentes envolvidos na aplicação do direito de defesa da concorrência brasileiro e se convertido, sem rupturas ou traumas, em teoria dominante e oficial. A finalidade desta Seção é caracterizar, resumidamente, a *forma específica* dessa teoria, reservando à Seção IV os comentários conclusivos sobre diferenças importantes entre a mesma e uma possível teoria *top-down* alternativa e “constitucionalizante”, *i.e.*, uma teoria normativa do direito de defesa da concorrência cuja aplicação remetesse, de modo essencial, a normas constitucionais.

O uso intensivo, direto ou indireto (via apropriação de proposições dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas), da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Mais do que isso: não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extrajurídica, dos programas normativos e argumentos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito.¹³ Esta revolução discreta e silenciosa operou em diversos níveis, mas é sem dúvida no nível *metodológico* que se encontram seus impactos mais radicais e ricos em implicações teóricas.

Em *primeiro* lugar, a teoria normativa do direito da concorrência é uma teoria *consequencialista* do direito. Isto quer dizer que a teoria define os critérios de correção das soluções propostas enquanto decisões para os casos concretos por referência à sua contribuição para a obtenção de um estado de coisas positivamente valorado segundo a teoria. Em geral, dados um conjunto *P* de propriedades normativas que uma dada teoria *t* especificar como necessárias para uma valoração positiva de um estado de coisas que

¹³ Para exemplos, ver C. Matos (org.), *A revolução do antitruste no Brasil*. Teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Ed. Singular, 2 vols.

as possua e um conjunto D de decisões possíveis, diremos que t é consequencialista se, entre os critérios de correção definidos em t para avaliação das decisões em D , existir ao menos um que responda (i) positivamente a contribuições positivas das decisões em D para obtenção de um estado de coisas com as propriedades normativas especificadas em P ; e (ii) negativamente, na hipótese contrária. Noutras palavras, uma determinada teoria jurídica será consequencialista se algum dos critérios de correção (jurídica) definidos na teoria em questão para avaliação de decisões (jurídicas) for “monotonicamente sensível” às consequências das decisões.

A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro não é apenas uma teoria consequencialista neste sentido amplo. Em *segundo* lugar, trata-se de uma teoria do direito que é consequencialista em um sentido mais restritivo ou *forte*, vale dizer, no sentido da *supremacia* do critério relativo à valoração de consequências sobre os demais critérios de correção eventualmente considerados como relevantes. As implicações desta característica no que se refere à operacionalização da teoria pelos seus usuários não são triviais. Em quaisquer das versões em que tem sido proposta, seja na mais alinhada com a opção normativa convencional da “Economia do Bem-Estar”, que identifica a decisão socialmente desejável como aquela que maximiza a soma dos excedentes do produtor e do consumidor, seja ainda naquelas mais viesadas na direção da proteção do excedente do consumidor, as complicações operacionais diagnosticáveis no âmbito da aplicação da teoria – diagnosticáveis também em teorias consequencialistas referentes a outras áreas do direito, pois são complicações do próprio consequencialismo e não de suas instâncias particulares – podem ser severas. A ignorância quanto a essas complicações, sobre as quais há comentários mais específicos abaixo, é a principal responsável por aquilo que, em outro artigo, denominei “consequencialismo festivo”,¹⁴ a mais jovial das ideologias conservadoras do País. Embora no Brasil o direito da concorrência tenha sempre estado relativamente mais protegido desse mal, sobretudo pela vigilância dos economistas com seus efeitos inibidores, os riscos subsistem, ainda que de forma latente e sutil, também com relação a ele.

Esses riscos estão ligados ao problema das condições de racionalidade dos juízos consequencialistas no direito. Essencialmente, o argumento

¹⁴ Ver Schuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, 2008. Disponível em: http://www.direitorio.fgv.br/view_pub.asp?section_id=49&sub_section=40&category_id=183&id=339 (Texto para Discussão #1).

consequencialista compõe-se de duas partes, uma parte *descritiva* ou positiva, e outra *normativa*. A parte descritiva deve especificar, para cada decisão possível, a sua consequência, ao passo que, na parte normativa, as consequências previamente determinadas devem ser ordenadas de acordo com algum critério de valoração. Cada parte desta estrutura dual está sujeita a condições de racionalidade *distintas*. Dos critérios valorativos, que caracterizam a parte normativa do argumento, poder-se-á cobrar a *consistência interna* e, no máximo, a não-contradição e a compatibilização com normas e valores aceitos como devidos por uma *comunidade jurídica particular*. A pretensão que acompanha a componente descritiva do argumento consequencialista, por sua vez, é *universal* ou “*erga omnes*”, pois presta contas à “razão instrumental” e às regras (de validação de hipóteses) vigentes na *comunidade científica* tematicamente pertinente. Ocorre que este direito, universal e estruturalmente garantido, de circulação pela ciência como etapa da verificação das condições de racionalidade de juízos consequencialistas lançados no interior da argumentação jurídica pode revelar-se mais como maldição que como bênção.

Nas teorias mais reflexivas do direito da concorrência, particularmente, no qual a interação com a economia é permanente e intensiva no emprego de ferramentas teóricas e metodológicas sofisticadas, já se tornaram reconhecíveis o perigo da superexposição à sua complexidade, bem como a necessidade de enfrentá-lo mediante o controle *jurídico* da transição do direito à ciência e vice-versa. O caráter aberto, hipotético e disputável de todo conhecimento científico; a rápida velocidade da sua atual evolução e, em diversos casos, a incerteza radical quanto a suas futuras trajetórias; a coexistência de paradigmas academicamente credenciados, mas concorrentes e incompatíveis entre si com respeito à seleção das premissas e à aceitação de resultados; a fragilidade e falta de confiabilidade das prognoses efetivamente informativas e interessantes do ponto de vista político: estas são só algumas das características *estruturais* da ciência econômica moderna que vão de encontro à função, própria ao direito, de generalização e estabilização de expectativas normativas, e necessitam, logo, ser tentativamente domesticadas. A idéia do juiz como “*gatekeeper*”, a qual Werden, Froeb e Scheffman tomaram de empréstimo da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Daubert* para utilização numa análise do uso de modelos de simulação

no controle antitruste de concentrações econômicas,¹⁵ serve para ilustrar um tipo de reflexão cada vez mais usual entre juristas e economistas americanos atuantes na área do direito concorrencial e conscientes da importância da preservação da fronteira entre direito e ciência econômica aplicada via adoção de estratégias de redução de complexidade *pelo direito*.

Mas o uso teoricamente especulativo, socialmente estéril e juridicamente autodestrutivo da ciência econômica no direito concorrencial é apenas uma possibilidade e não um resultado que é gerado inevitavelmente com a institucionalização de uma teoria normativa *top-down* ultraconsequencialista e tão intensivamente ligada a essa ciência. Além dessas características, em *terceiro* lugar deve-se aludir à flexibilidade da teoria para viabilizar diferenciações internas que façam frente ao maior dinamismo da ciência econômica. Prova notável da referida capacidade de autodiferenciação é a criação de camadas de regras e diretrizes com *sensibilidades e graus de resistência variados* às inovações da ciência econômica que ponham em xeque os pressupostos teóricos de tais regras ou diretrizes. Desta forma, pode-se, por exemplo, converter regras ou diretrizes *metodológicas* em regras ou diretrizes *jurídicas*, sem que, com isso, tenha-se que pagar o preço *total* da desatualização e do risco da presença de disparates e irracionalidades no direito, da perspectiva *da ciência*. Ainda que todas as camadas estejam sujeitas à revisão (assim como qualquer norma jurídica), pode-se assegurar que isso ocorra sob condições específicas, segundo os procedimentos apropriados e em tempos diferentes. O mesmo vale para as proposições teóricas incorporadas ao direito e transformadas em conteúdo de expectativas normativas, que podem ser estabilizadas em função da sua robustez ou maior operacionalidade na aplicação por autoridades que se encontram em situações de decisão sob informação incompleta.

A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro, cuja forma pode ser, abstratamente, reconhecida em três características apresentadas acima, quais sejam, (i) a estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica; (ii) o consequencialismo forte; e (iii) a elevada capacidade de diferenciação interna tendo em vista a preservação da diferença entre direito e ciência aplicada, é uma teoria que se construiu e desenvolveu *à margem* da ou *com indiferença* às

¹⁵ Werden, Froeb e Scheffman, A Daubert discipline for merger simulation, *Antitrust*, 18, 2004, p. 89-94. Cf. a respeito também Schuartz, Quando o bom é o melhor amigo do ótimo, *Revista de Direito Administrativo*, 245, 2007, p. 96-127.

Constituições vigentes desde sua gestação, e isto não obstante as expressas referências, em todas elas (ou seja, nas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988), à “repressão ao abuso do poder econômico” que “tenha por fim” (CF 46), “seja caracterizado por” (CF 67 e CF 69), ou “vise” (CF 88) a eliminar a concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros; a definição da “livre concorrência”, pela CF 88, como um “princípio geral da atividade econômica”; e a previsão, no art. 1.º da Lei 8.884/94, da prevenção e repressão às infrações “contra a ordem econômica” e dos “ditames constitucionais” da liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico. Apesar desse conjunto bastante explícito de pistas no sentido de que o texto da Constituição devesse penetrar, de maneira constitutiva, nos processos de interpretação e aplicação do direito de defesa da concorrência, isso definitivamente não aconteceu. Claro, não faltaram entre os juristas recomendações doutrinárias na direção de uma maior ou menor constitucionalização dessa parte do direito, mas a presença delas basicamente limitou-se ao mundo dos manuais, dos artigos e das notas de aula. Sua sina foi sobreviver nas mentes e nos corações dos adeptos como teorias normativas *não juridicamente institucionalizadas*.

Seria ingênuo descrever tal estado de coisas como “ilegal” ou “inconstitucional”. O texto não se confunde com a norma, e a mediação entre ambos requer uma teoria que competirá com outras por recepção e domínio na comunidade dos agentes que exercem influência determinante nos processos de institucionalização jurídica. Nesse sentido, a invocação do texto como decisivo para a determinação do conteúdo semântico da norma já pressupõe uma teoria normativa *particular* (e.g., a do “*plain meaning*”) que, enquanto tal, coexiste com outras teorias normativas concorrentes em um espaço no qual não há vencedores *a priori*. A sucessão de eventos narrada na Seção II, junto com os três fatores que contribuíram para a concepção, difusão e institucionalização jurídica de uma teoria para o direito da concorrência brasileiro com as características supramencionadas, revela que, não importa quão contingentes e improváveis forem as condições para o seu sucesso nesta disputa, este pode ocorrer, em princípio, para qualquer teoria. Isso não é o mesmo que dizer, evidentemente, que determinadas teorias não possam ser superiores às suas rivais em uma ou outra dimensão, que tal relação de superioridade não possa contar como um argumento racional em seu favor e o resultado da competição entre teorias rivais pela supremacia nos processos de aplicação do direito não possa ser decidido com base em

argumentos racionais. O ponto é que não está escrito nas estrelas que deva ser assim, nem muito menos que a dimensão predominante para a comparação racional das teorias alternativas não possa ser encontrada fora dos textos normativos relevantes, por exemplo na compatibilidade com as proposições de uma teoria filosófica ou os preceitos de um código ético ou moral.

Desconstitucionalização, noutras palavras, não implica inconstitucionalidade. Na acepção original, desconstitucionalização significa institucionalização de uma teoria que governa e organiza, sem referências a normas constitucionais, a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do direito; e secundariamente, aplicação do direito segundo a teoria. Uma estratégia – ou estado – de desconstitucionalização de certo conjunto de normas será, teoricamente, inconstitucional somente se, de acordo com a teoria normativa do direito constitucional juridicamente institucionalizada,¹⁶ deva ser vista como inconstitucional.¹⁷ Nessa avaliação, precisa-se ter em conta que este não é um juízo comparativo envolvendo dois objetos estáticos e independentes entre si. Para o direito da concorrência tal como interpretado e aplicado no Brasil, particularmente, a teoria a partir da qual lhe caberia ser avaliado do ponto de vista do direito constitucional está, ela própria, sujeita a modificações pelo peso que o *fato* da sua institucionalização traz consigo. Como em qualquer interação entre normas e fatos, há também aqui espaço para uma inversão dialética: se normas que consideramos devidas vão colidir com fatos dos quais não gostaríamos de abrir mão, é possível que sejam as normas, e não os fatos, as preteridas para prevenir a colisão. Uma teoria do direito constitucional brasileiro que, consistentemente, devesse afirmar a inconstitucionalidade da desconstitu-

¹⁶ Este argumento pressupõe que tal teoria efetivamente exista (um pressuposto de verificação empírica), mas isso não precisa ocorrer necessariamente. Não há contradição em afirmar, para uma dada constelação de circunstâncias, que *não existe* teoria institucionalizada oficial para certo conjunto de normas, ou então que *mais de uma* existe.

¹⁷ As condições teóricas de inconstitucionalidade de uma norma jurídica evidentemente não se confundem com as condições de declaração da sua inconstitucionalidade pela autoridade competente. Por exemplo, a norma teoricamente inconstitucional pode subsistir enquanto tal e ser aplicada por juízes e tribunais, seja porque a autoridade competente para declará-la inconstitucional ainda não foi instada a fazê-lo ou não se manifestou a respeito, seja porque, embora tenha sido instada a fazê-lo, manifestou-se equivocadamente pela sua constitucionalidade.

cionalização do direito da concorrência talvez fosse uma teoria normativa que desejássemos repensar a fim de escaparmos da conclusão.

Posto isto, o tratamento do fato da desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência como inconstitucional é somente um entre vários resultados possíveis, mesmo sob condições de crescente judicialização dessa área do direito. Adicionalmente, há a possibilidade de uma “constitucionalização deferente”, que consistiria na leitura *ex post* das passagens relevantes da CF de modo a garantir a compatibilidade material entre o seu conteúdo semântico e as proposições correspondentes formuladas no vocabulário da Teoria Oficial. Esse seria um interessantíssimo exemplo de concretização de sentido dos textos constitucionais, que suavizaria o absolutismo do postulado da “interpretação conforme à Constituição”: a releitura do texto constitucional, que surge posteriormente como determinante para a interpretação dos dispositivos da lei, é, ela própria, mediada por uma construção racional do sentido destes últimos. Este me parece ser um desfecho preferível à ruptura implicada pela declaração de inconstitucionalidade e a subsequente “constitucionalização colonizadora” do direito da concorrência pela teoria dominante do direito constitucional brasileiro, e é certamente superior ao que poderíamos denominar de sua “constitucionalização cínica”, vale dizer, da combinação entre, de um lado, o uso exclusivo da Teoria Oficial desconstitucionalizada para fins de aquisição das premissas normativas que comandarão os processos decisórios, e, de outro lado, o uso ornamental do texto da CF para fins de blindagem estratégica, ante o Poder Judiciário, das decisões assim tomadas.

IV. O futuro da desconstitucionalização do direito da concorrência

Há várias razões para querer evitar a referida afirmação de inconstitucionalidade e a “força normativa do fático” é só uma delas. Nesta Seção introduz-se um argumento adicional, tirado da comparação hipotética dos desempenhos da teoria oficial do direito de defesa da concorrência e de uma teoria normativa rival que advogasse por sua ampla constitucionalização. Esta teoria alternativa representa um *tipo ideal* de teoria *top-down* com inclinação fortemente constitucionalizante – uma característica que será entendida no sentido específico de demanda por constitucionalização ao longo de duas dimensões: a dimensão *semântica* da determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais por meio do significado das normas constitucionais; e sobretudo, a dimensão *metodológica* da decisão dos casos

levando-se em conta uma *pluralidade* de princípios, interesses ou valores constitucionais, a serem “ponderados” nos processos de aplicação em função de alguma medida relativa à *importância* dos princípios, interesses ou valores que estão em jogo (*e.g.*, dos seus “peso abstrato” e “peso concreto”, como faz a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy¹⁸).

A variável de desempenho será definida um tanto vagamente como a capacidade da teoria de induzir decisões que lidem com incertezas de modo juridicamente racional, tendo sido selecionada pela generalidade do problema ao qual responde e sua crescente relevância e constante presença em análises teóricas sobre as condições de racionalidade de decisões jurídicas. O atributo do “juridicamente racional” se refere, especificamente, ao sucesso de uma determinada decisão jurídica na satisfação dos critérios de adequação definidos pela teoria normativa em questão e, especialmente, à possibilidade do controle intersubjetivo desta satisfação *no interior* de um procedimento *jurídico*. Como veremos, esta é uma qualidade essencial que a teoria do direito da concorrência já se revelou apta a exhibir, mas que parece difícil de conquistar por teorias que recomendam a ponderação de objetivos constitucionais.

O primeiro passo do argumento consistirá no reconhecimento, a *ambas* teorias (*i.e.*, à teoria oficial e à teoria alternativa constitucionalizante do direito da concorrência, de aqui em diante, respectivamente, a “Teoria Oficial” e a “Teoria Alternativa”), de uma *componente consequencialista*. Para a Teoria Oficial esta é uma característica explícita, já descrita anteriormente. A característica é menos visível na Teoria Alternativa, mas ali também comparece implicitamente na sua referência à *realização de objetivos*, seja na forma do cumprimento de um conjunto de *Optimierungsgebote* ou “mandamentos de otimização”, seja na forma da implementação de um conjunto de valores. Em qualquer dos dois casos, com efeito, a avaliação de decisões segundo a teoria requer do avaliador *juízos de determinação de consequências* para cada decisão possível, bem como *juízos comparativos* que ordenem, monotonicamente, as decisões possíveis de acordo com sua contribuição à realização dos objetivos normativos postulados. Ainda que a componente consequencialista possa variar de peso na Teoria Oficial e na Teoria Alternativa, ela está essencialmente presente em ambas.

¹⁸ Ver, por exemplo, On balancing and subsumption. A structural comparison, *Ratio Juris*, v. 16, 4, nov. 2003, p. 433-449.

A estrutura lógica dos juízos e as demandas informacionais envolvidas no exame da sua racionalidade, contudo, diferem substancialmente entre as duas teorias. A Teoria Oficial procura determinar premissas normativas e decisões a partir da maximização de um *único objetivo* normativo (e.g., a soma dos excedentes do consumidor e do produtor), *diretamente mensurável* em unidades monetárias. Na sua versão mais forte, uma decisão D qualquer é uma decisão adequada para um determinado caso concreto se e somente se não existir, no conjunto das demais decisões possíveis, outra que seja estritamente preferível a D no *exato sentido* de produzir como consequência um valor, em unidades monetárias, estritamente maior que aquele produzido em consequência de D , em termos das mesmas unidades. Da perspectiva informacional, a demanda por condições para um controle intersubjetivo do exame da referida relação de adequação é, em tese ao menos, inteiramente passível de satisfação: ela se traduz na demanda pela coleta de informações em terrenos mapeados ou mapeáveis extensa e profundamente pela ciência econômica, em razão da precisão dos conceitos e definições bem como da sofisticação das técnicas e análises quantitativas aplicáveis.

Os problemas da seleção da decisão adequada e do controle da sua racionalidade ficam bem mais complexos no âmbito da Teoria Alternativa. Para exemplificar, tome-se o caso, relativamente mais simples, de previsão de *dois* valores ou princípios a realizar, digamos P_1 e P_2 . Neste caso, a escolha da decisão mais adequada requer a determinação não mais de apenas *uma* consequência para cada decisão possível, mas *quatro*, a saber, as consequências de cada decisão para P_1 , P_2 , P_1 via realização de P_2 , e P_2 via realização de P_1 . A explicação para este incremento de complexidade está no fato de que, agora, as consequências relevantes também deverão incluir eventuais *trade-offs* entre a realização de um princípio ou valor e a dos demais princípios ou valores. Em geral, se n denota o número de princípios ou valores considerados na teoria como relevantes para a decisão, então o número de relações de determinação a serem examinadas previamente à tomada da decisão é igual a n^2 .¹⁹

¹⁹ Por exemplo, tomando-se os quatro princípios nominalmente referidos no art. 1.º da Lei 8.884/94, ter-se-ia 16 relações de determinação a examinar. É possível pensar em uma forma alternativa de descrição da relação entre decisões e consequências de modo que os *trade-offs* sejam incluídos também entre as consequências *diretas* que cada decisão gera para os princípios relevantes. Isso reduziria o número de consequências que deveriam ser descritas, mas não, obviamente, a complexidade da tarefa, já que os *tipos* de consequência a descrever permaneceriam os mesmos.

Há várias outras complicações. A seguir destacarei três que se complementam e reforçam mutuamente. Em *primeiro* lugar, tem-se o problema das *unidades de medida*. Qual utilizar para mensurar as contribuições negativas ou positivas de uma dada decisão para a realização, *e.g.*, dos princípios da função social da propriedade ou da liberdade de iniciativa? Ilustrativamente, se quisermos levar a sério a sugestão de Robert Alexy no sentido de modelar a solução dos casos de colisão – *i.e.*, de *trade-off* – entre princípios jurídicos valendo-nos de conceitos como os de “curva de indiferença” ou “taxa marginal de substituição”, colocando a questão acerca do quanto estaríamos dispostos a conceder, em termos de realização de um dado princípio, a fim de aumentarmos de um Δ qualquer a de um outro, estaremos logicamente pressupondo a existência de uma *medida* que nos permita respondê-la. Evitar esta conclusão reservando um papel alegórico ou decorativo ao modelo somente agravará o problema, tornando mais opacos os processos de seleção e de justificação de decisões.

Ao problema da unidade de medida junta-se, em *segundo* lugar, o da *construção formal dos instrumentos de medição*. Suponhamos que o primeiro tenha sido resolvido por meio da invenção de uma nova unidade, digamos, o “contentamento ético-político”. Semelhantemente à “utilidade”, que aparece na teoria do consumidor para representar as preferências dos indivíduos com relação a conjuntos de bens, esta unidade serviria para representar as preferências de uma comunidade jurídica ou ordem jurídica particular em relação aos graus de realização de um dado conjunto de valores. Definir uma unidade de medida, entretanto, é bem diferente de construir uma escala de acordo com ela, fabricar dispositivos para realizar medições nela e medir objetos com o auxílio deles. Em particular, a construção, para controle das atividades de aplicação de princípios, de algo semelhante a uma “função utilidade”, ou seja, de uma escala que associe números reais a combinações de valores que, por sua vez, expressem, para cada decisão possível, a sua contribuição à realização dos princípios relevantes, é tarefa complexa e extremamente exigente em termos informacionais.

Para ilustrar algumas das dificuldades envolvidas, imagine-se que D_1 e D_2 sejam as duas únicas decisões possíveis, e V_1 e V_2 , respectivamente, as combinações de quatro índices que expressam as contribuições de D_1 e D_2 à realização dos princípios P_1 e P_2 .²⁰ A função deverá atribuir números a

²⁰ Formalmente, isso pode ser escrito da seguinte forma: $V_1 = (v_1(D_1), v_2(D_1), v_3(D_1), v_4(D_1))$, onde $v_i(D_1)$ representa a consequência do tipo i para os princípios P_1 e P_2

V_1 e a V_2 de maneira tal que a atribuição represente as preferências da comunidade ou ordem jurídica particular com relação a V_1 e a V_2 , no seguinte sentido: se a comunidade preferir V_1 a V_2 , o número atribuído pela função a V_1 deverá, necessariamente, ser maior que o atribuído pela função a V_2 .²¹ A ponderação de princípios nos casos de *trade-off* e seu controle por terceiros exigem informações ainda mais finas e difíceis de coletar. Para isto, é preciso conhecer não só os valores da função para cada V , mas também *como* esses valores *variam* à medida, por exemplo, que varia a realização de um dos princípios considerados relevantes, mantendo-se constante a realização de outros; ou alternativamente, *qual variação* na realização de um princípio seria suficiente para manter-se constante o valor da função, dada uma variação qualquer na realização de outro princípio, *e.g.*, qual variação (positiva) na realização do princípio da função social da propriedade bastaria para compensar uma variação (negativa) no princípio da livre-iniciativa – que seria, precisamente, a definição da “taxa marginal de substituição” entre os dois princípios.

Em cima disso, em *terceiro* lugar, tem-se o problema da *determinação de ordens de preferências* que induzam mecanismos *controláveis* de seleção de decisões corretas para os casos concretos. Na Teoria Oficial, este é um problema relativamente simples de resolver, pois a decisão correta é postulada como aquela que maximiza alguma medida de bem-estar econômico (*e.g.*, o excedente agregado ou o excedente do consumidor), de definição unívoca e determinação – mesmo nas formas simplificadoras – objetivamente acompanhável por terceiros. Para a Teoria Alternativa, a tarefa é novamente mais árdua e onerosa. A definição de uma função nos moldes indicados nos parágrafos precedentes e a caracterização da decisão adequada como a que maximiza o valor da função em cada caso seriam o caminho seguro, mas alcançá-lo esbarra nos problemas mencionados e no

(por exemplo: para P_1 , *via* realização de P_2), decorrente da decisão D_1 ; e $V_2 = (v_1(D_2), v_2(D_2), v_3(D_2), v_4(D_2))$. O trabalho da função é, então, associar a cada V , *i.e.*, a cada combinação de valores que expressam as conseqüências de decisões possíveis para os princípios relevantes, um número que representaria as preferências da comunidade jurídica em relação às referidas combinações.

²¹ Ressalte-se que a ordem de preferências a ser respeitada nesta atribuição não é a do *indivíduo* chamado a decidir, mas a da comunidade a que o decisor presta contas. A construção da função deverá, portanto, se valer de um mecanismo de *agregação de preferências individuais* – uma tarefa não trivial, como mostra a Teoria da Escolha Social.

custo de obtenção de informações confiáveis para a identificação da solução desejada. Na teoria de Alexy, por exemplo, em que princípios são prescrições de objetivos a serem maximamente realizados observadas as restrições impostas pelas “possibilidades fáticas e jurídicas”, são deste terceiro tipo as principais dificuldades presentes na operação dos modelos propostos para estruturar os processos de argumentação jurídica que deveriam levar racionalmente à decisão correta. Especificamente, a idéia do ótimo de Pareto (para a concepção das restrições dadas pelas “possibilidades fáticas”) apresenta o problema da indeterminação potencial nas hipóteses de multiplicidade de decisões Pareto-ótimas e de incomparabilidade entre decisões, nas quais algum outro critério terá que ser adicionado para escolha da melhor decisão;²² e a *Gewichtsformel* ou “fórmula da ponderação” (para a concepção das restrições dadas pelas “possibilidades jurídicas”) reclama, inclusive na sua utilização enquanto ponto de referência e não algoritmo decisório, o acesso a dados que raramente estarão disponíveis, confiavelmente, nos procedimentos de aplicação do direito.²³ Nos dois casos, o “máximo possí-

²² Sejam $X = \{a, b, c\}$ um conjunto de estados e A e B dois indivíduos tais que: A prefere estritamente a a b e B prefere estritamente b a a ; A prefere estritamente a a c e B é indiferente entre estes dois estados; e B prefere estritamente b a c e A é indiferente entre estes dois estados. Neste caso, diz-se que os estados a e b são *Pareto-incomparáveis*; a é *Pareto-superior* a c ; b é *Pareto-superior* a c ; e tanto a como b são *Pareto-ótimos* (um estado x será *Pareto-superior* a um y se pelo menos um indivíduo preferir estritamente x a y e ninguém preferir estritamente y a x ; e um estado z será *Pareto-ótimo* se não existir outro que seja *Pareto-superior* a ele. Se, de dois estados x e y , não se puder dizer que x é *Pareto-superior* a y nem que y é *Pareto-superior* a x , então x e y serão *Pareto-incomparáveis*). O mesmo valerá, por analogia, supondo que X é um conjunto de decisões e A e B são princípios; a promove a realização de A e inibe a de B; b inibe a realização de A e promove a de B; c inibe a realização de A e de B. Suponha-se agora que exista mais um princípio, digamos C, e as relações de determinação sejam tais que: a promove a realização de A e inibe a de B ou C; b promove a realização de B e inibe a de A ou C; e c promove a realização de C e inibe a de A ou B. Neste caso, *todas* as decisões são *Pareto-incomparáveis*. Para o uso do modelo de Pareto em Alexy, ver, deste autor, *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, em *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, 1995, p. 232-261 e 258-259. Tal uso é mais complicado do que o ilustrado acima, pois pressupõe a comparabilidade entre as “intensidades” das contribuições positivas ou negativas para a realização de princípios.

²³ Na sua versão simples (para dois princípios, P_1 e P_2), a *Gewichtsformel* é dada pela seguinte expressão: $w_{1,2} = \frac{I_1 \cdot G_1 \cdot S_1}{I_2 \cdot G_2 \cdot S_2}$, onde $W_{1,2}$ é o “peso concreto” de P_1 em relação a P_2 ; I_1 é a “intensidade da intervenção” em P_1 associada à decisão sob consideração;

vel” não parece ser suficientemente seletivo para disciplinar o processo de decisão.

Esses problemas são todos turbinados quando a eles acrescentamos o ingrediente da *incerteza*. O salto de complexidade que segue a passagem da situação de decisão sob condições de certeza à situação de decisão sob condições de incerteza potencializa de tal forma as exigências informacionais para uma aplicação rigorosa da Teoria Alternativa, que seria surpreendente encontrar um caso em que elas seriam plenamente satisfeitas. Situações de decisão sob condições de incerteza caracterizam-se pela ausência de uma relação determinística entre alternativas de decisão e conseqüências. Para cada decisão possível não há mais como determinar a conseqüência que será por ela produzida. Em vez disso, dever-se-á ter agora, associada a cada decisão possível, uma *distribuição de probabilidade* definida sobre o conjunto das *conseqüências possíveis* – distribuição que *quase sempre* será *subjéctiva*, *i.e.*, desigual para indivíduos racionais que observassem a mesma situação de decisão. Nos casos interessantes do ponto de vista prático, nos quais, por exemplo, estão em jogo decisões políticas ou jurídicas, isto quer dizer que diferentes decisores poderão, *racional e legitimamente*, chegar a diferentes estimativas acerca das probabilidades de ocorrência dos eventos (incertos) que condicionarão as conseqüências de suas decisões – fato que, por sua vez, implica que tais decisores poderão, *racional e legitimamente*, identificar, como ótimas, *diferentes* soluções para o *mesmo* problema de decisão. O déficit de informações conduz, assim, ao de uma base firme para viabilizar a formação racional de consensos.

De Herbert Simon a autores mais recentes, como Daniel Kahneman, as correntes menos ortodoxas da Teoria da Decisão têm contornado este problema da incerteza com táticas de relaxamento das premissas dos modelos e dos pressupostos normativos que caracterizariam a decisão racional. As inovações mais produtivas desta literatura, como o conceito de “racionalidade limitada”, a substituição do ótimo por algum critério de “satisfação”

G_1 é o “peso abstrato” de P_1 ; S_1 é o grau de certeza sobre as hipóteses teóricas e empíricas relativas a resultados da intervenção em P_1 . Os significados dos termos do denominador são análogos, e P_2 é o princípio que “colide” com P_1 . Se o peso concreto de um princípio for superior ao dos outros com os quais colide (na fórmula, se o resultado da sua aplicação for maior que 1), então a decisão que gera efeitos (positivos ou negativos) para a realização de cada princípio do conjunto é correta em face do conjunto.

ajustável em função de mudanças em “níveis de aspiração” e a observação sistemática e catalogação de “heurísticas e vieses” em processos de decisão em diversos âmbitos foram, pouco a pouco, penetrando na ciência econômica e daí migraram para a teoria do direito, onde se tornaram palavras de ordem numa luta – tanto teórica quanto política – por regras (*versus standards*) e pela valorização do formalismo jurídico. Seja qual for o partido que se pretenda tomar com relação à parte mais geral e abstrata desta discussão, não se pode ignorar que, em uma área tão dependente de prognoses acerca do futuro como o direito da concorrência, o uso extensivo de algoritmos que simplifiquem os processos decisórios é indispensável. Isto, por si só, não implica qualquer predileção por regras em detrimento de *standards* ou princípios, mas requer, outra vez, a adoção de estratégias de diferenciação interna que sejam capazes de *redescrever* os problemas e as situações de decisão de modo a lhes proporcionar quantidades suficientes de *certezas socialmente compartilhadas*.

Uma condição de sucesso desta empreitada é a *condicionalização*²⁴ das normas finalísticas ou teleológicas de que se compõe o direito de defesa da concorrência, *i.e.*, a tradução de normas do tipo “deve-se realizar o estado de coisas X”, em normas do tipo “se Y, deve ser Z”, bem como a *redefinição das condições de verificação das hipóteses de incidência* das últimas, *i.e.*, a verificação do estado Y em cada novo condicional, de maneira a que tais hipóteses se refiram *exclusivamente a eventos pretéritos ao ato* que está sendo juridicamente analisado. Para teorias jurídicas consequencialistas, este duplo processo de condicionalização de programas finalísticos e gerenciamento de incertezas na verificação das hipóteses de incidência dos respectivos condicionais é fundamental à garantia das doses necessárias de previsibilidade a processos decisórios e de segurança a expectativas normativas. A Teoria Oficial já produziu este resultado em larga escala, na medida em que foi quebrando a prescrição da maximização do bem-estar econômico em um conjunto sistemático e operacional de comandos de linguagem relativamente precisa e implementação, embora orientada para o futuro, predominantemente condicionada ao acesso a dados sobre fatos passados. Exemplos proeminentes estão nos *Guias* de análise de concentrações econômicas, espalhados por quase todas as jurisdições com conceitos e diretrizes

²⁴ A expressão (“*Konditionierung*”) é de Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1995, p. 203.

virtualmente idênticos em todas elas;²⁵ ou então nas presunções que foram se sedimentando, de maneira mais ou menos explícita, nos precedentes relacionados ao tratamento jurídico das condutas anticompetitivas horizontais e verticais – tudo isso de forma alinhada e consistente com os resultados teóricos e empíricos acumulados na literatura especializada. Na verdade, poder-se-ia dizer que a operação da Teoria Oficial, que despontou enquanto teoria decididamente *top-down* na sua indiferença com relação à exegese de textos normativos, começa a criar as condições de possibilidade para uma reconstrução *bottom-up*, que tome como pontos de partida não os artigos de lei, mas os precedentes. Contrariamente à profecia de Posner, *top-downer* e *bottom-upper* poderão finalmente encontrar-se.

Não me parece que esteja de forma alguma comprovada a capacidade da Teoria Alternativa de reproduzir este desempenho. Mesmo nas áreas em que se estabeleceram e institucionalizaram há tempo suficiente para se tornarem reflexivas acerca das próprias condições de operação, as teorias similares com fortes inclinações constitucionalizantes aparentemente pouco lograram em termos da produção, difusão e estabilização de um vocabulário e de diretrizes metodológicas comuns que de fato domassem os respectivos processos de aplicação do direito. Aos olhos de um observador interessado mas casual, as anedotas a respeito de incontinências, incongruências, imprecisões e falta de rigor no uso das expressões relevantes, tais como “princípio da dignidade da pessoa humana”, “princípio da moralidade da Administração Pública” ou “princípio da função social da propriedade (do contrato)”, são pretexto menos para divertimento que para perplexidade e consternação. Diante desta impressão, é difícil esconder o alívio diante dos caminhos pelos quais o direito de defesa da concorrência enveredou no País, e deixar de imputar a eventuais opositores da sua desconstitucionalização um ônus argumentativo redobrado, que incluirá, enquanto preliminar, a obrigação de demonstrar, empiricamente, o sucesso das estratégias de constitucionalização completa ou parcialmente institucionalizadas em outras áreas do direito brasileiro.

É oportuno mencionar, para desfazer mal-entendidos, que o “sucesso” a que se referiu acima não deve ser entendido de modo superficial e reducionista, como ocorreria certamente se fosse confundido com o estrito cumprimento dos itens que figuram nos receituários de *best practices* para

²⁵ No Brasil, cf. a Portaria 50/2001, da SEAE/SDE, que apenas explicitou uma metodologia já consagrada nos julgados do CADE.

o crescimento econômico e apregoam genericamente a adoção de reformas institucionais que garantam “proteção aos direitos de propriedade” e “respeito aos contratos”. O ceticismo acerca das promessas da constitucionalização do direito está alojado em um nível mais abstrato, remetendo à possibilidade de erosão dos requisitos necessários à generalização e à estabilização de critérios que nos permitiriam distinguir *objetivamente*, por exemplo, o que é constitucional do que é inconstitucional. Esta ressalva também deveria prevenir tentativas de escavar, por debaixo desta atitude, alguma “negação pressuposta” de que as teorias normativas devem ser “legítimas” e não apenas “operacionais”, ou que, em um *trade-off* entre legitimidade e operacionalidade, é o primeiro que deve prevalecer. Novamente, o ponto que se questiona é mais elementar, uma vez que, sem os referidos requisitos, tende a desaparecer a *norma* somente em face da qual faz sentido inventar uma teoria normativa e discutir a respeito de atributos como legitimidade e operacionalidade. A perspectiva que governa a instituição de uma norma é uma perspectiva intersubjetivamente compartilhada por um conjunto de indivíduos (i) que orientam reciprocamente os seus comportamentos na expectativa (ou na “crença”) de que a expectativa dos outros seja que se comportem desta maneira; e (ii) cujas ações possam ser tratadas como conformes ou não conformes ao conteúdo da expectativa dos demais, como louváveis, no primeiro caso, e criticáveis, no segundo. A norma, portanto, existe apenas na medida em que é possível, a qualquer indivíduo do conjunto relevante de indivíduos, criticar as ações de qualquer outro pertencente ao mesmo conjunto. Sem esta possibilidade de crítica recíproca não há como assegurar a unicidade de referência e a identidade necessárias à constatação da existência de uma norma; e sem pressupor que uma norma existe, não há como garantir a possibilidade de crítica recíproca e, com ela, a constatação objetiva de que algo foi cumprido ou violado. A possibilidade de crítica objetiva e a pressuposição da existência da norma, logo, condicionam-se mutuamente. Uma não se sustenta sem a outra.

Isto não quer dizer que toda e qualquer tentativa de constitucionalização material esteja condenada à permanência no limbo, mas deve nos fazer pensar sobre as vantagens de possíveis rumos alternativos. Teorias normativas do direito, como exposto, não estão imunes à dialética entre normas e fatos. Se as condições para o uso *correto* da teoria são exigentes demais, no sentido de corresponderem a uma probabilidade de erro superior à que estaríamos dispostos a tolerar, isto pode ser problema exclusivo *da teoria* e não dos seus usuários. Esta é a principal mensagem por trás do slogan da

“virada institucional” na teoria do direito. Não obstante as diferenças nos sintomas, diagnósticos e remédios, os resultados são similares na *hipótese oposta, i.e.*, se tais condições forem *permissivas* demais e a probabilidade de erro no manuseio da teoria aproximar-se de zero. Nas duas situações a norma arrisca-se a sucumbir, na primeira delas *desconfirmada* pelos fatos, e na segunda *assimilada* a eles. Para teorias desta natureza a perda da capacidade discriminatória entre o certo e o errado é fatal para a teoria, mas quando se trata de uma teoria oficial, ou seja, de uma teoria institucionalizada que faz o trabalho de preparação de premissas normativas para processos decisórios, suas conseqüências são socialmente desastrosas, pois ela arrasta consigo a perda da capacidade de distinção objetiva entre o *lícito* e o *ilícito*. É por esta via que a despreocupação com consistência teórica, precisão conceitual e rigor argumentativo e metodológico se convertem, no plano do julgamento dos casos, em capricho, arbitrariedade e injustiça. No afã de constitucionar o direito, é preciso segurança de que com isto não se esteja colocando em perigo a normatividade da própria Constituição.

