

DOCTRINAS

Acepção do Risco no Direito
Concorrencial

ACEPÇÃO DO RISCO NO DIREITO CONCORRENCIAL

Bruna Sousa Silveira

Participante do XXXIº Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
e-mail: brunassilveira@uol.com.br

1. Introdução. 2. O Direito da Concorrência como instrumento de ajuste de risco. 2.1. O objeto da atuação do antitruste: o tipo de risco coibido. 2.2. O custo social atrelado à avaliação de condutas e atos de concentração. 3. A relativização da restrição da zona de risco circunscrita pelo direito da concorrência: o art. 54 da Lei 8.884/94 e a regra de *minimis*. 4. Conclusões. 5. Referências.

RESUMO

O incremento na probabilidade de obtenção de lucros monopolísticos é o que move a opção pela prática de condutas predatórias ou exclusionárias, no âmbito de grandes corporações. A coibição desse tipo de comportamento é objeto do direito concorrencial como forma de intervenção do Estado na livre iniciativa dos agentes econômicos. A emergência do chamado Estado Social permite a atuação desse ente como propulsor das políticas de promoção social e de garantidor das normas jurídicas; dessa forma, a regulação do direito social se dá não só na perspectiva dos efeitos dos atos praticados, mas também no sentido de impor, de forma vinculante, a realização de certos atos. Isso significa que existe uma zona de risco atrelado à ação de agentes econômicos privados que deve ser diminuída ao máximo. O dano social emerge assim da interpretação de dispositivos responsáveis por um ajuste constitucional genérico (art. 170) e, também, de legislação específica a respeito do assunto (Lei n. 8.884/94). É o risco inerente à ocorrência dessa espécie de dano que se visa discutir no presente ensaio.

ABSTRACT

Increasing the probability of obtaining monopoly profits is what drives the choice of conducting predatory practices or exclusionary conducts in connection with large corporations. To restraint this sort of behavior is the object of competition law as a form of state intervention in the free enterprise of economic agents. The emergence of so-called welfare state allows this entity acting as a driver of social promoting policies and legal guarantor of norms; therefore, social rights regulation occurs not only from the perspective of the effects of the acts charged, but also towards imposing, so binding, the performance of certain acts. That means there is a danger zone, linked to the actions of private economic agents that should be reduced to the minimum. The social damage thus emerges from the interpretation of devices responsible for setting a constitutional generic adjustment (art. 170) and also specific legislation on the subject (Law 8.884/94). And it is the risk inherent in the occurrence of such damage that is aimed to be discussed in this essay.

Palavras-chave: Direito Concorrencial – Risco – Dano Social – Regra de *Minimis*.

1. Introdução

A adaptação social do homem sempre constituiu fator respaldante do Direito vigente. A despeito de concepções puramente natural-racionalistas – que defendem a presença de um “direito natural” provindo da racionalidade humana –, ou ainda positivistas, que extraem de critérios puramente lógicos a exegese do texto normativo, pode-se dizer que o Direito provém da *necessidade* de o ser humano pautar suas relações, sendo entre particulares (ramo majoritariamente atribuível ao Direito Privado), ou entre o indivíduo e o Estado, imputando-se então atuação ao campo do Direito Público.

É a partir dessa noção da *necessidade* de combate ao *risco* que se delinea a esfera de atuação do Direito, no sentido de expor alternativas que possibilitem a sua gerência quando a supressão racional desse elemento é constatada pragmaticamente improvável. A assunção do risco é fator necessário ao progresso; sua ausência tornaria cada evento no mundo exatamente idêntico ao anterior e a evolução – se é que se pode enquadrar uma sucessão de atos que repete uma ocorrência exatamente igual à anterior a esse termo – estaria comprometida.¹ Tão importante quanto isso é a consciência de que a gestão de oportunidades e a prevenção às armadilhas oferecidas por tal situação pode determinar o sucesso ou o fracasso financeiro de uma entidade privada.

Aos distintos tipos de riscos, diferentes bens os quais se visa tutelar; sob essa perspectiva, a divisão dos ramos do direito é traçada didaticamente de acordo com tal fórmula. Na esfera penal, quer-se garantir um mínimo de estabilidade ao convívio social, assegurando bens essenciais a toda a sociedade; no âmbito civil, a predominância da confiança e da boa-fé² esperada no cumprimento do trato estabelecido pelas relações jurídicas entre os indivíduos; no campo do direito administrativo, a execução de serviços públicos em benefício da coletividade por meio da manutenção da probidade e da organização na gestão pública; na seara processual, a prestação jurisdicional do Estado necessária à solução de conflitos de interesses surgidos, e assim por diante.³ Além de uma aceitação das condições presentes, imprescindível uma previsão de afetação do modo de interferência das condições jurídicas em processos econômicos inseridos em um horizonte de tempo que conte com uma margem maior.

Aliás, é por meio da percepção de que o futuro não é mero capricho de forças divinas e de que o homem racional não é passivo diante da natureza é que se estabelece o desenvolvimento econômico. Em última instância, a possibilidade de administração de uma diversidade de modelos de risco atrelada à iniciativa de tomá-los e a auferir potenciais vantagens oferecidas futuramente é o que impulsionou a dinâmica do Capitalismo tal qual observável atualmente:

“If we had no liquid capital markets that enable savers to diversify their risks, if investors were limited to owning just one stock (as they were in the early days of capitalism), the great innovative enterprises that define our age – companies like Microsoft, Merck, DuPont, Alcoa, Boeing, and McDonald’s – might never have come into being. The capacity to manage risk, and with it the appetite to take risk and make forward-looking choices, are key elements of the energy that drives the economic system forward.” (BERNSTEIN, 1996, p. 3)

1 BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 329.

2 Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

3 Para uma caracterização do objeto de outras disciplinas jurídicas, ver: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

É a partir dessa perspectiva que se pretende analisar o tipo de risco a ser ajustado por meio do antitruste, bem como a probabilidade de ocorrência de dano social – de uma classe particular – inerente quando da atuação dos agentes econômicos. Ainda, quer-se mostrar o campo de relativização desse preceito restritivo aceito pela lei, caso sejam coincidentes os critérios arrolados e a caracterização casuística em questão.

2. O Direito da Concorrência como instrumento de ajuste de risco

O aparente paradoxo⁴ apresentado pelo direito da concorrência - ao limitar justamente o objeto de sua tutela - é explicitado pela intervenção estatal na autonomia privada⁵ de agentes econômicos; tal interferência é requerida para fins de coibição ao risco de que condutas específicas desses agentes venham a produzir danos sociais de um tipo específico no futuro, isto é, de serem protagonistas de determinadas ações caracterizáveis como fontes de “externalidades” contra as quais outras peças integrantes do mercado devem ser protegidas. No que tange sua caracterização, em uma acepção negativa, tem ocorrência constatada quando “um custo social gerado pelo processo produtivo não é devidamente internalizado pelo produtor”⁶. Considerando a zona de risco apresentada, é inerente que se busquem formas que sejam capazes de suprimir ao máximo a probabilidade de ocorrência de efeitos socialmente catastróficos, ainda que um agente privado, isoladamente, seja beneficiado.

Essa contradição tem origem no confronto entre livre iniciativa e regulamentação, que constitui, em última instância, um conflito entre os ideais de liberdade e igualdade.⁷ A origem desse conflito principiológico é constatada não só no ordenamento jurídico interno, mas já desde os primórdios do problema concorrencial norte-americano: “*Despite its focus on competition, antitrust did not seem to have much to say about ‘competitiveness’. Americans were confronted by a paradox: their country was long on competition and short on competitiveness.*”⁸

É importante pontuar, a partir daí, a distinção entre defesa da concorrência – que quer assegurar a proteção dos mecanismos de mercado, de forma mais geral – e a tradicional regulação, que vem a substituir tais mecanismos frente a falhas de mercado⁹ consideradas

4 “Considerando a promoção da livre iniciativa (positivada pela menção constitucional ao princípio da tutela à livre concorrência – art. 170, IV da CF/88) como um dos objetos de proteção desse ramo do direito – poder-se-ia considerar, também nesse sentido, o mercado, as empresas ou o consumidor –, a consecução desse fim é dada, muitas vezes, pelo estabelecimento de restrições à concorrência desleal.” (TEPEDINO, Gustavo. Prefácio à CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005). Grifos meus.

5 Importante ressaltar que, aqui, o termo “autonomia privada” é utilizado em seu sentido original (ou, em decorrência da confusão terminológica, em sua acepção lato). Enquanto o conceito de “autonomia privada” nos reporta à distinção entre heteronomia e autonomia, ligando-se, pois, à possibilidade de produção de normas e modelos jurídicos pelos sujeitos privados a quem se reconhece, pré-juridicamente, a aptidão para a autodeterminação como expressão da própria personalidade, a expressão “autonomia da vontade” é relativa ao voluntarismo. É dessa forma que se conclui que a autonomia privada decorre de noções positivadas constitucionalmente: (i) autodeterminação pessoal e (ii) liberdade de empreendimento econômico.

6 As ações de determinados agentes podem ter impactos sobre o resultado almejado por outros agentes, sendo que essa influência não consegue ser corrigida pelo sistema de preços. Assim, a poluição – como resíduo da atividade produtiva, mas que afeta negativamente o bem-estar dos indivíduos – é um exemplo de externalidade negativa. (VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GREMAUD, Amaury Patrick; TONETO JR., Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 195). Do contrário, a externalidade positiva ocorre quando um benefício social gerado pelo processo produtivo igualmente não é internalizado pelo produtor. (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138).

7 CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 250 e ss.

8 JORDE, Thomas M., Prefácio a: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. Antitrust, Innovation and Competitiveness. New York: Oxford University Press, 1992, p. VI.

9 “Há quatro fontes de falha de mercado: poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos e externalidades.” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138). Nesse sentido, a alusão a poder de mercado está diretamente relacionada à capacidade de o agente econômico impor (de forma consciente e visando o lucro) preços acima dos custos marginais, acarretando uma consequente diminuição na quantidade ofertada. Situação análoga pode ocorrer também por meio de uma redução de preços a um nível inferior ao considerado competitivo, acarretando igualmente uma perda de bem-estar. A capacidade de a empresa influenciar a formação de preços é condição suficiente para a perda de eficiência de um mercado competitivo.

insuperáveis pragmaticamente.¹⁰ Longe de assumir tal relevância no campo teórico, na prática, essa diferenciação é o que vem a reger o modo e a intensidade da atuação estatal. O atual sistema de Direito Administrativo comporta duas formas de regulação: a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia – uma atuação passiva de limitação de liberdade dos particulares.¹¹ Por sua vez, a defesa da concorrência conta com a atuação preventiva, repressiva e educativa dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), segundo a legislação pertinente e a execução de políticas públicas relativas à matéria.

Com efeito, a partir desse delineamento – ainda que superficial – de como o Antitruste é tratado no Brasil, o entendimento do âmbito de intersecção entre Direito e Economia na análise das condutas e operações societárias é vasto. O final do século XIX é que traz consigo a iminência da convergência entre as duas disciplinas como uma perspectiva facilitadora do direito concorrencial.¹²

A dificuldade observada ainda era eminentemente conceitual. A necessária intersecção entre *Law&Economics* ainda prescindia de uma base que pontuasse, a partir de uma fórmula mais geral, a análise casuística estabelecida: “*What was striking to us was that antitrust, despite the revolution that it had just come through, did not really have the conceptual apparatus - or even the vocabulary - to deal with many of the new questions emerging in the global economy.*”¹³ A apropriação de conceitos microeconômicos nesse minucioso exame permitiu um rearranjo, isto é, uma redefinição dos elementos formadores desses termos, desembocando na estipulação de consequências jurídicas relativas a eles, acarretando a prerrogativa da utilização, pelo campo do direito, de termos tipicamente econômicos. A conclusão lógica desse processo é a busca de efeitos jurídicos e também econômicos quando da incidência de afetação pelos conceitos recepcionados.

2.1. O objeto da atuação do antitruste: o tipo de risco coibido

Descende da probabilidade o elemento central na concepção do risco relativo a qualquer atividade. Na seara societária, isso quer dizer que há uma margem de incerteza na execução de condutas ou operações entre empresas. A utilização de ferramentas econométricas na mensuração de parâmetros tidos como balizadores a atividades que possam constituir ilícitos antitruste conta com a estipulação de uma zona que traduza a probabilidade de ocorrência do ato coibido. Assim, a definição da *ratio* da Lei 8.884/94 pode ser enquadrada na maximização do bem-estar social. É claro que não se pode traçar um objetivo único¹⁴ e encerrar toda a aplicação legislativa em torno de tal delineamento. Antes, é preciso que se

(SCHWARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in: POSSAS, Mário (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 103).

¹⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 58.

¹² Ainda segundo o doutrinador, a segregação observada entre essas duas áreas do conhecimento, até então, seria atribuída à visão do Direito Concorrencial como objeto da ciência moral, conforme a interpretação smithiana. A conferência a um tratamento próprio à disciplina por economistas se deu a partir de Ricardo, que advogava o estabelecimento de uma teoria econômica para o tema, o que acabou, no entanto, acentuando o distanciamento entre esses dois campos. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e Estado como Agente Normativo e Regulador*. *Revista do IBRAC*. Volume 16, Número 1, 2009, pp. 169-186).

¹³ JORDE, Thomas M.. Prefácio a: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992, p. VI.

¹⁴ É claro que há a menção corriqueira a alguns objetivos principais da lei antitruste. Os destacáveis resumem-se a: (i) redistribuição de renda; (ii) proteção das pequenas empresas; (iii) concentração do poder político; (iv) controle regional dos negócios, de forma a proteger a transferência de trabalhadores; (v) eficiência econômica, segundo Terry Calvani. Já Jonathan Neville aponta: (i) obtenção de resultados econômicos desejáveis (eficiências); (ii) promoção de concorrência; (iii) promoção de uma conduta leal; (iv) limitação das grandes empresas (CALVANI, Terry; SIEGFRIED, John. *Economic analysis and antitrust Law* e, respectivamente, NEVILLE, Jonathan. *Antitrust (Legalines)*, p. 10 *apud* FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 163.

insira tal processo dentro do contexto da ocorrência da controvérsia em questão, e também das forças de interesse em jogo, sob pena de se aplicarem teorias econômicas indistintamente.¹⁵ “A Lei Antitruste desempenhará, em determinado sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela desempenhada em outros sistemas, em outros momentos.”¹⁶ Mais do que proteger um “bem-jurídico essencial”, essa acepção permite o respaldo da atuação do direito antitruste como um verdadeiro combate a situações mercadologicamente ineficientes do ponto de vista alocativo¹⁷.

É nesse sentido que se deve operacionalizá-la, de modo a cumprir com o preceito microeconômico da eficiência alocativa.¹⁸ Efetivamente, o que se coloca como parâmetro da constatação de infração é a evidência dos efeitos líquidos relacionados à prática em questão. Isso significa que, havendo constatação de consequências econômicas negativas, sendo tais efeitos fatídicos ou potenciais, a imputação de uma punibilidade estará dependente da natureza e da magnitude da afetação gerada pela conduta em questão.¹⁹ Já que é urgente o estabelecimento de critérios que permitam essa estipulação, e dado também que tal conceito microeconômico de bem-estar social está, de um ponto de vista estritamente econômico, em plano de equivalência ao de eficiência alocativa, nada mais condicionante se pensar que a utilização das ferramentas para a sua mensuração e especificação sejam coincidentes. Dessa forma, a linha hermenêutica atribuível ao conceito de eficiência deve ser ponderado entre as opções factíveis.

Quando se fala em “bem-estar social”, quer-se emplacar o tom do texto legal na consecução de tal norte; é a partir dessa ideia que se encaminha para uma constatação da necessidade de estipulação de medida que sirva como uma espécie de *quantum* nesse sentido. As alternativas que se colocam para sua determinação são: (i) a menção ao conceito de “excedente total”²⁰ atrelado a um certo nível de alocação econômica.²¹ Isso consiste, em boa medida, num universo de técnicas analíticas desenvolvidas e aplicadas por economistas, cujo esmiuçamento não cabe no presente momento. Embora seja aceitável do ponto de vista teórico, a crítica a essa acepção reside no fato de que ela desconsidera a distribuição do excedente, tanto entre produtores quanto entre consumidores.

A divergência observada, nessa seara, entre a busca pela eficiência *versus* interesse do consumidor está em jogo quando se pretende delinear a objetivação da lei antitruste. É bem verdade que essa discussão já veio à tona quando da realidade da consecução de políticas concorrenciais norte-americanas dos finais dos anos 70:

¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

¹⁶ *Idem*, p. 163.

¹⁷ SCHWARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in: POSSAS, Mário (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 103.

¹⁸ Sob uma perspectiva microeconômica, o conceito está relacionado com a definição de um padrão alocativo que maximize, dadas as possibilidades de produção existentes, a satisfação das necessidades sociais. O que se quer é a otimização das escolhas (fins alternativos) que empregam os recursos escassos. (ROSSETI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 229 e ss.).

¹⁹ SCHWARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in: POSSAS, Mário (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 98.

²⁰ A economia de bem-estar figura como grande esclarecedora dessa perspectiva. Isto é, partindo-se da premissa de que o bem-estar econômico é afetado pela alocação de recursos, o excedente total constitui a medida de tal bem-estar para a sociedade, a partir da diferença entre o valor atribuído pelos compradores dos bens (mensurado por sua disposição a pagar) e do custo total dos vendedores que fornecem esses bens. (MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009).

²¹ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

“Embora as considerações sobre eficiência sejam importantes, somente elas não ditarão a política de concorrência. As políticas de concorrência precisam muitas vezes escolher entre a maior eficiência, que pode trazer com ela a promessa de preços mais baixos, e outros objetivos sociais, tais como a dissipação do poder, que pode resultar em preços marginalmente mais altos. Em 1977, nenhuma política de concorrência responsável pode negligenciar os danos sociais e ambientais produzidos igualmente por produtos mal recebidos pelo mercado: diminuição de recursos, desperdício de energia, contaminação do meio ambiente, alienação do trabalhador, as conseqüências psicológicas e sociais de demandas estimuladas pelo ‘marketing’”. (LANDE, 1995, p.40)

Ora, a preocupação com uma dimensão distributiva está longe de distanciar a busca pela eficiência produtiva; a inserção desse primeiro item não ambiciona a produção de ganhos ou perdas líquidas na riqueza total do consumidor, mas sim em seu modo alocativo, no senso de emprego de recursos existentes.²² A identificação do risco proporcional a não consideração dessa perspectiva é de cunho eminentemente social, já que a riqueza total não é afetada por uma modificação na distribuição de renda. Isso significa que o descaso com a transferência de riquezas pode vir a gerar um dano social estimável por uma redução no bem-estar social *total*, a partir dessa perspectiva. Com efeito, a urgência por um substituto ou complemento que não trate com neutralidade a questão é o que sugere que o critério do excedente total não deva ser o decisivo para o arbitramento de um juízo a respeito da conduta ou aprovação de ato que modifique as estruturas.²³

O segundo critério de decisão estabelecido é o do (ii) *price standard*. Em linhas gerais, o que está em jogo, em sua acepção, é única e exclusivamente a perda do consumidor. Ou seja, se houver alguma redução líquida negativa no excedente de quem compra, deverá ocorrer intervenção de autoridade antitruste. A primeira falha que se explicita nessa abordagem é o foco exclusivo no demandante, alheio as suas características subjetivas - que podem ser determinantes para a averiguação de efeitos positivos ou negativos -, como, por exemplo, a estrutura de seu capital, nacionalidade, localização geográfica, etc. O peso atribuído a esses elementos é zero nessa definição, o que certamente acarretará efeitos nefastos à quantificação requerida.²⁴

Acerca das falhas imputáveis ao *price standard*, esse critério peca ainda no que tange à consideração do ganho trazido com processos de inovação em uma perspectiva temporal estendida. Isto é, a flexibilização da rigidez com que são tratadas as perdas de eficiência alocativa em determinados atos de concentração poderia ser capaz de gerar ganhos no bem-estar social concernentes ao desenvolvimento, no longo prazo. O interesse direto e imediato do consumidor como fator único e exclusivo de pauta do antitruste são relativizados:

22 Conforme BORK, R. H. The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. New York: The Free Press, 1978. É interessante notar que o conceito de “distribuição de riqueza” vem a abranger muito mais do que o destinatário final da mercadoria: “O antitruste baseado nesta definição de “riqueza do consumidor” não faz qualquer distinção entre consumidores “reais” — os compradores de mercadorias e serviços — e as empresas com poder de mercado que aumentam os preços e, portanto, extraem riqueza dos compradores. Preços mais altos aos consumidores são bons para Bork contanto que o monopolista ou o cartel produza mais eficiência. De fato, os únicos “consumidores” que realmente se beneficiarão do regime de Bork são os monopolistas e cartéis.” (LANDE, R. H. Ascensão e Queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste, in: Revista de Direito Econômico, 23, 1996, pp. 39-65).

23 SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

24 SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

“Consumer welfare is enhanced through the generation and application of new technology and new organizational forms. Efforts to link antitrust to consumer welfare may fall wide of the mark whenever the focus is on present consumer welfare, which is the common focus of microeconomic theory. Accordingly, if consumer welfare is to be the goal of antitrust, it needs to be couched in a forward-looking context. Otherwise, antitrust policy may hinder technological progress and the creation of national wealth. At minimum, we would propose that when the promotion of static consumer welfare and innovation are in conflict, the courts should favor the future impact. This may well make analysis less tractable, but at least it will be focusing on the correct issues”. (JORDE, 1992, p. 4)

Até então análise estática do conceito de bem-estar social é posta abaixo pela clemência por uma conceituação mais dinâmica, que englobe, dentro de um horizonte temporal amplificado, seu campo funcional. É que a referência à inovação como fator que afeta a concorrência é inserida como um propulsor da introdução de novos produtos e processos revolucionários destinados a gerar um incremento na eficiência produtiva e um incentivo competitivo às organizações.²⁵ Operações societárias – tanto a nível horizontal quanto vertical –, contratos e alianças que vinculem organizações responsáveis por esse processo são inerentes à atividade; é aí que se enquadra a atuação do direito concorrencial como uma barreira à propulsão do risco atrelado, de um lado, à restrição excessiva e, de outro, do exame, por parte das autoridades concorrenciais, unicamente dos efeitos acarretados diretamente ao consumidor final.

O que se ambiciona, em última instância, é a coibição do risco de ocorrência dos efeitos atribuídos a uma interpretação errônea do conceito de bem-estar econômico. Na sua acepção estática, não há referência alguma à implementação da inovação; o que se analisa é o horizonte temporal presente, prescindindo de uma antecipação de efeitos futuros que determinado ato de concentração poderá gerar.²⁶

A constatação de critérios materiais permite que se implante o cálculo dos excedentes à comparação ponderada dos custos e benefícios dos agentes diretamente afetados. Isso porque tal método imputa relevância em se *“ter em conta também a importância de separar os elementos que são objeto de ponderação, os quais, ainda que sejam relacionados entre si, podem ser dissociados”*²⁷. Em linhas gerais, a significância está em que as perdas ou ganhos decorrentes de um ato de concentração ou de uma conduta entre empresas devem ser ponderadas por um critério que leve em conta *quem* são os beneficiados ou prejudicados dentro do contexto social vigente.²⁸

²⁵ Os requisitos para a instauração da inovação podem ser arrolados da seguinte forma: *“(i) availability of a labor force with the requisite technical skills; (ii) decentralized economic structures that permit considerable autonomy and entrepreneurship; (iii) economic systems that permit and encourage a variety of approaches to technological and market opportunities; (iv) access to “venture” capital, either from a firm’s existing cash flow or from an external venture capital community; (v) good relationships between the scientific community, especially the universities, and the technological community, and between users and developers of technology; (vi) adequate protection of intellectual property, or at least the availability of strategies and structures to enable innovating firms to capture a return from their investment (unless social returns are equal to the private returns, firms will underinvest in the development of new technology); (vii) in fragmented industries, the ability to quickly build or access co-specialized assets inside or outside the industry.”* (JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 6).

²⁶ Apesar da dificuldade de se encontrar informações corretas que precisem tal perspectiva dinâmica do bem-estar social, a contribuição à eficiência econômica, a longo prazo, é inegável: *“The focus on static analysis may also be the result of greater data and measurement difficulties associated with longer-run analysis. Unfortunately - and importantly - in static analysis there is almost no reference to innovation and its importance to competition and to economic welfare.”* (JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992)

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 143.

²⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, *in: Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 99 e ss.

2.2. O custo social atrelado à avaliação de condutas e atos de concentração

O termo “risco” deriva do italiano arcaico *risicare*, que significa “ousar, atrever-se, arriscar”. Isso significa, justamente, que o *risco* atribuível a uma determinada conduta tem muito mais a ver com uma opção a ser feita do que com um fato determinado naturalisticamente.²⁹ As decisões definidoras das ações as quais os agentes econômicos arriscam-se a tomar dependem, assim, do grau de liberdade atrelado às escolhas de que possam interferir na livre concorrência dentro da ordem econômica vigente; é por meio da ação estatal, através das autoridades concorrenciais, que se pretende regular até que ponto a atuação de privados está de acordo com os princípios gerais da ordem econômica arrolados pelo art. 170 da CF/88 (em especial o inciso IV).

É claro que essa interferência é legitimada pela vigência do Estado Social, que intervém crescentemente na economia e na vida social a fim de garantir um padrão de “governabilidade”. Nesse tom, o Estado deixa de atuar pontual³⁰ e esporadicamente para assumir um papel permanente que forneça respostas convincentes às exigências do capitalismo contemporâneo. A garantia da consecução dos objetivos sociais (cf. art. 3º da CF/88, uma sociedade livre, justa e igualitária) e a consolidação de parâmetros distributivos justificam a reação do Estado.³¹ Essa ação a qual se refere é denominada intervenção estatal, efetuada mediante uma das técnicas de organização dos mercados existente; i.e., norma antitruste que objetive reprimir o abuso do poder econômico e proteger a livre concorrência que, sob uma perspectiva contemporânea, deve ter sua concretização por meio de uma política pública³² implantada. Dessa forma, se, por um lado, a concorrência visa a organizar os processos que fluem segundo as regras do mercado, por outro, lança mão de políticas públicas que querem, precisamente, a consecução de determinados objetivos atrelados à política social; esse fenômeno confere à concorrência uma dupla instrumentalidade.³³

Com efeito, para fins de avaliação de condutas e atos de concentração potencialmente nocivos, emprega-se um exame da antecipação dos efeitos decorrentes dessas ações, no sentido de prevenir a ocorrência do dano social sob a forma de lesão à ordem econômica estabelecida. Isso quer dizer que a análise é feita com base em condições observáveis no momento da submissão da operação ou comportamento objeto de apreciação às autoridades competentes. Com isso, propõe-se que as informações utilizadas sejam concomitantes – na medida da capacitação técnica disponível – à ocasião da averiguação. Isso porque o que é considerado relevante são as possibilidades *reais* ou *potenciais* de afetação da concorrência³⁴ (cf. art. 20 da Lei 8.884/94, e não aquelas que adentrem hipóteses fantásticas

²⁹ BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 8.

³⁰ Nesse sentido, segundo FORGIONI, “[...]a partir do início do século XX, a quantidade de normas emanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a dirigir o sistema com o escopo de evitar as crises.” (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 84).

³¹ CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³² A política da concorrência como o “conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar, valorizar o desafio dos mercados inibindo tanto ações privadas quanto governamentais” tem duplice objetivo (Evenett): “Um congrega finalidades econômicas, tais como a liberdade de comerciar, a proteção do processo competitivo (não necessariamente dos competidores), além de imperativos de eficiência. O outro resume em finalidades não econômicas, como preocupações de equidade e justiça social.” Khan coloca no desenvolvimento da inteireza da política da concorrência a determinação das “condições de concorrência” no mercado nacional. “Entretanto, para determinar a ênfase e o equilíbrio entre aqueles que recebem os benefícios da política de concorrência entra em jogo complexa série de ponderações, relativas à maximização do bem-estar dos consumidores, ao interesse público e ao bem-estar dos fornecedores. Impõe-se considerar também o bem-estar geral, que pode acarretar a diminuição da importância dada ao aspecto do bem-estar do consumidor, enquanto componente da política da concorrência.” Khemani entende que “[...]a política da concorrência pode e deve impactar sistematicamente, contribuindo para ampliar o ‘ambiente comercial em que a firma opera’”. A síntese dos entendimentos dos doutrinadores está em OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24 e ss.

³³ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

³⁴ “[...]serão vedadas práticas ainda que não possam ser consideradas jurídicas, ou seja, ainda que não produzam (ou possam produzir) qualquer efeito juridicamente vinculante, qualquer obrigação. Nota-se que a doutrina especializada

fruto de previsões respaldadas em informações enviesadas – muitas vezes, as únicas disponíveis para exame da SEAE e da SDE.³⁵ É assim que o “risco de que condutas de um agente detentor de posição dominante em um mercado relevante venham a prejudicar outros agentes” é algo conceitualmente inseparável do próprio fundamento jurídico desse tipo de regulação.³⁶

A partir disso fica evidente a faixa de risco decorrente de um recebimento ambíguo de informações necessárias à análise, principalmente aquelas pertencentes à seara do mercado relevante à operação, poder de mercado e exercício de posição dominante³⁷. A desatualização referente a esses quesitos pode alterar drasticamente a decisão final pela aprovação com ou sem restrições ou desaprovação de uma fusão, aquisição, incorporação ou *joint-venture*. Isso quer dizer que à decisão agrega-se um custo social associado ao grau de profundidade atribuído à investigação que dará ensejo à resolução da questão.

O ex-conselheiro do CADE, Luiz Fernando Schuartz, destaca com maestria tal problemática ao explicar a conversão, do ponto de vista social, da contabilização dos custos com a tomada de decisão e dos custos associados a decisões eventualmente equivocadas.³⁸ A evidência feita é acerca de uma zona de risco inerente à resolução da questão, isto é, aprovação de ato de concentração gerador de uma perda líquida de bem-estar social; restrição a um ato de concentração que ocasione um ganho líquido de bem-estar social; não concretização de eficiências esperadas associadas a uma decisão de restrição, por exemplo. Em linhas gerais, o *tradeoff* entre o custo da decisão e a probabilidade de ocorrência de uma sentença equivocada é traduzida pelo dano social esperado quando de sua efetivação. Se assumirmos que o custo da resolução à lide tende a ser maior quanto mais complexo o processo de análise, é plausível que tanto a probabilidade de erro quanto o custo do erro podem, da mesma forma, sofrer acréscimos, em média. Entretanto, a partir de um dado grau de complexidade atribuído à decisão, o custo superior à decisão será superior ao benefício marginal, quando se considerando o custo social de uma decisão equivocada.³⁹

Essa situação traz à tona um dilema associado à seleção dos critérios utilizados para a tomada da decisão, quais sejam, uma adoção de estratégia que impute altos custos de elaboração da norma genérica para fins de baixo custo em sua execução tem se mostrado racional, ainda mais quando se lança mão de regras automáticas de parada⁴⁰ na instrução e

chega até a colocar atos que produzam efeitos meramente morais, desde que relativos à concorrência, como sendo vedados pela Lei Antitruste.” (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159)

³⁵ “Em tema de concorrência, a análise econômica traz o elemento circunstancial, informando sobre as condições do mercado, dos concorrentes envolvidos no caso e dos prováveis impactos sobre a demanda daquele determinado produto ou serviço. De posse dessas informações, o intérprete estará apto a determinar se a intervenção é necessária e em que medida, afirmando, em suma, até que ponto deve ser limitada a autonomia privada, até onde vão as fronteiras do exercício do direito de propriedade e da liberdade contratual.” (CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39). Grifos meus.

³⁶ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

³⁷ BRASIL. Guia Prático do CADE. *A defesa da concorrência no Brasil*. 3ª edição revista, ampliada e bilingue.

³⁸ Embora não atinja o escopo do presente trabalho, matematicamente, esse cálculo é dado por: $G_{\alpha}^*(x(\beta, \gamma), \gamma) = G_{\alpha}(x(\beta, \gamma)) - [CD(\beta, \gamma) + \rho(\beta, \gamma)CE]$, onde CD = custos com a tomada de decisão; CE = custos com a decisão equivocada; γ = variável representativa do valor dos recursos despendidos para determinar se $\Delta G_{\alpha} \geq 0$; β = número (\in ao intervalo $[0, 1]$) que reflete as ‘capacidades institucionais’ da autoridade para levar a cabo a referida determinação; ρ = probabilidade de uma decisão equivocada. (SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110).

³⁹ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in:

Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

⁴⁰ “[...]a orientação do trabalho das autoridades no sentido (i) da discriminação dos fatos e das alegações que são, e dos que não são, relevantes para a investigação; (ii) da definição de um método de análise, ou seja, do modo como conduzir essa investigação para viabilizar a tomada de decisão numa outra direção; bem como (iii) da fixação do grau de extensão e profundidade da análise que seria necessário para garantir a plausibilidade da decisão a se tomar (à vista do custo social associado à continuidade da investigação). [...]a aplicação do direito[...]requer a existência de certas regras, por assim dizer ‘parajurídicas’ ou de ‘economia processual’, que nos digam que estamos autorizados a decidir pela licitude ou ilicitude de uma prática no instante em que tivermos uma certa quantidade de informações e evidências a seu respeito.” A alusão à regra *per se* e à regra da razão entram nesse contexto. (SCHWARTZ, Luis

presunções não absolutas. Isso quando a antecipação dos efeitos das condutas e estratégias dos agentes econômicos é evidente, ou seja, a combinação desses mencionados critérios está em consonância com o caso concreto sob análise.

3. A relativização da restrição da zona de risco circunscrita pelo direito da concorrência: o art. 54 da Lei 8.884/94 e a regra de *minimis*

O ajuste de incertezas e riscos, conforme já fora supramencionado, é um dos papéis funcionais da lei de defesa da concorrência. O *tradeoff* a ser enfrentado supera o tradicional paradoxo com o qual o direito da concorrência lida, mas adentra o conflito gerado entre, em uma faceta, pela resposta que a concorrência visa a fornecer quando da constatação fática de tais elementos e, em outra, pelos riscos e incertezas gerados pela própria restrição antitruste, ainda mais quando a legislação de determinado ordenamento tem uma orientação ao combate do risco por ações a um “viés pró-interesse difuso”.

Isso porque a existência de uma faixa de incertezas decorrentes da não aprovação de atos que não restrinjam a concorrência nem sejam lesivos à ordem econômica é levada em consideração, ainda que a possibilidade de aprovação de atos de concentração que acarretem efeitos anticompetitivos seja uma preocupação de bem maior relevância para os dispositivos normativos arrolados na Lei 8.884/94.

Ora, dada a capacidade de certa relativização dos parâmetros utilizados para a avaliação de atos restritivos à concorrência, conforme as hipóteses estabelecidas pelo artigo 54, é certo que existem também critérios que delimitem situações nas quais esse tipo de análise possa ser utilizado. A jurisprudência trata da metodologia empregada no exame casuístico com clareza:

[...]Atos que exibam essa propriedade podem ser aprovados pelo CADE sem restrições apenas quando restar provado, com uma elevada margem de segurança, que as preocupações sugeridas com a averiguação preliminar não são justificadas. A exigência decorre daquilo que, num caso anterior, denominou-se “princípio da precaução” – o qual enuncia a orientação a seguir pela autoridade antitruste na avaliação de atos notificados conforme o art. 54 da Lei 8.884/94, nos seguintes termos: “em situações de incerteza, (i) avalie ‘probabilidades’ sempre de forma conservadora da perspectiva dos consumidores; e (ii) decida supondo certeza quanto: à inoocorrência dos eventos ‘menos prováveis’, e à ocorrência dos eventos ‘mais prováveis’”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006).

O referido “princípio da precaução” pretende viabilizar a aplicação dos métodos tradicionais de análise dos atos a situações de incerteza – que invariavelmente tornam-se presentes quando da dependência da atualidade das informações disponíveis à emissão de pareceres pela SEAE e SDE, que fornecem diretrizes norteadoras aos responsáveis pela decisão.

Pode-se assim dizer que o exame tradicional – associado diretamente aos quesitos arrolados pela portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001⁴¹ – comporta apenas a ocorrência de casos em que “a inadequação resultante da desaprovação de atos que produzirão perdas sociais líquidas – possivelmente significativas – com probabilidades desprezíveis para todos os efeitos práticos”⁴². Do contrário, o descolamento “resultante da desaprovação dos atos que produzirão perdas líquidas desprezíveis – com probabilidades possivelmente significativas para todos os efeitos práticos –, escapa completamente aos filtros em que consiste a referida metodologia [tradicional]”⁴³.

É importante que se distinga os aludidos ‘filtros’ atrelados à forma de análise abordada daqueles complementares; esses últimos fazem menção a critérios predeterminados que deixam passar ao próximo nível da abordagem apenas aqueles atos que produzam perdas sociais líquidas esperadas não desprezíveis. O padrão de definição para os chamados filtros complementares é definido por *faturamento das participantes no mercado relevante* e o *tamanho total do mercado relevante*⁴⁴. A fim de assegurar uma aplicação adequada a esses critérios, lança-se mão do funcionamento da ‘*regra de minimis*’, enunciada como que, para qualquer probabilidade que a autorização do ato notificado venha a produzir alguma perda social líquida, haverá um faturamento agregado das participantes no mercado relevante ou um tamanho total do mercado relevante que torna juridicamente desprezível a perda social líquida esperada atribuída ao ato e, conseqüentemente, deverá ensejar a permissão de sua autorização sem restrições.⁴⁵

Mais do que adequar a aprovação ou a restrição de atos de concentração aos ditames legais, o que se quer, por meio da aplicação dessa regra, é a concretização do conceito de bem-estar social dinâmico referido na seção anterior. A menção explícita no texto legal à importância na consideração da produtividade, melhoria na qualidade de bens e serviços e desenvolvimento tecnológico e/ou econômico é, claramente, uma referência a um estímulo à inovação como uma das preocupações do antitruste como promoção de bem-estar: “We take it as axiomatic that innovation and its rapid and profitable commercialization are the key factors driving productivity improvement and economic welfare.”⁴⁶

É evidente também que há uma forte tendência – confirmada pela interpretação da letra da lei – de proteção ao interesse do consumidor final⁴⁷. O § 2º do dispositivo em questão do texto normativo deixa clara a opção do legislador em primar por um viés que tutele o hipossuficiente, esclarecendo a operacionalização do artigo. Isso significa que a aprovação extraordinária à qual se refere é condicionada à certeza de se beneficiar o consumidor (cf. inciso II do artigo 54 da referida Lei). Insere-se, nesse contexto, a utilização do recurso do *price standard* para fins de avaliação dos efeitos globais decorrentes da conduta ou operação em análise⁴⁸, principalmente se o *consumidor* em questão corresponder ao consumidor objeto de tutela da lei, isto é, figurar como o final e hipossuficiente.

⁴¹ Publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15.

⁴² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006.

⁴³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006.

⁴⁴ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

⁴⁵ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

⁴⁶ JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 4.

⁴⁷ “[...]Ja lei foi clara ao referir a “consumidores ou usuários finais”, adotando sem dúvida o conceito instituído pelo CDC. Portanto, não se trata de tutelar interesses de pequenas empresas, distribuidores, varejistas ou concorrentes, participantes do processo produtivo. Apenas o benefício proporcionado ao consumidor, seja relativo a preços, qualidade, segurança ou mesmo variedade de produtos ou serviços, constitui fundamento da legalidade do ato.” (CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231).

⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006.

É desse modo que o cânone hermenêutico conferido à excepcionalidade expressa pelo artigo 54 da lei de defesa da concorrência brasileira precisa uma análise conjunta do objeto de tutela da Lei em sua totalidade. A partir dessa definição, imprescindível uma ponderação de interesses no sentido da consecução de um *mix* proporcional entre eles.

Faz-se indispensável, então, o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Essa análise faz urgente a comparação entre a importância da realização de determinado fim e a intensidade de restrição dos direitos fundamentais. “A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: [...] as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas à adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”⁴⁹

O que se busca, com efeito, é a conjuração proporcional dos interesses atrelados à decisão; se, de um lado, a tutela à inovação, ao desenvolvimento e à qualidade funcionam como tradutor da preocupação com o consumidor final, de outro, a potencial restrição à propriedade e à autonomia privada se coloca em oposição ao exercício da posição mercadologicamente dominante de empresas privadas.

4. Conclusões

Se a assunção de riscos constitui um *tradeoff*, em última análise, entre estagnação e progresso, é evidente que o estágio de desenvolvimento econômico atual opta pela segunda opção ofertada. Partindo, então, da premissa de que a análise de atos de concentração e condutas pode, por sua natureza, afetar as condições mercadológicas, é evidente que o direito concorrencial trata de área na qual a probabilidade de ocorrência de dano social é existente.

A partir disso é que se traça o campo de atuação de juristas e economistas, acarretando uma verdadeira disputa metodológica⁵⁰, muitas vezes, tida como inconciliável. Isso porque:

“the story [of risk] is marked all the way by a persistent tension between those who assert that the best decisions are based on quantification and numbers, determined by the patterns of the past, and those who base their decisions on more subjective degrees of belief about uncertain future. This is a controversy that has never been resolved”. (BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 6)

É certo que a acepção do risco como *probabilidade* confere estímulos inegáveis à tentativa de mensuração por meio de formulações matemáticas complexas e de cunho genérico. Entretanto, essa possibilidade de ocorrência é de um *dano*; dano esse muitas vezes de difícil quantificação por ser estendível por toda a sociedade, nos seus diferentes níveis. O que se quer, por meio dessa composição, é o entendimento de que a análise do caso concreto não pode prescindir da consideração de fatores que traduzam a atualidade e o contexto – tanto social, quanto econômico, jurídico e cultural – de ocorrência da contradição. Muito mais do que engessar a operacionalização legislativa em critérios estáticos e que já não se encontram

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 173.

⁵⁰ Nesse sentido, uma intersecção entre os dois campos do conhecimento é imprescindível: “Law and Economics allows to draw economic models closer to reality by attuning them to the wide variety of categories revealed by legal analysis. Law and Economics also permits economists to avoid a too narrow vision, which may crowd them out of exciting new areas of research by legal analysts. Law is too important to leave it to the lawyers alone.” (BERGH, Roger Van den. The growth of law and economics in Europe. *European Economic Review*. V. 40, 1996, p. 976).

enquadrados na realidade, o foco que deve ser dado é o exame da produção de efeitos sociais resultante dos interesses em jogo relacionados à controvérsia.

Adentrando uma seara mais relacionada à teoria do direito, é imprescindível que se entenda, justamente no antitruste, a função dos postulados da *ponderação*, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*. Esses parâmetros tem o papel de estabelecer, a partir de elementos (bens, valores, direitos, princípios, razões)⁵¹ identificados previamente, a relação entre eles a fim de proporcionar uma eficácia jurídica regulada.

Evidentemente, considerando-se o custo social atrelado a uma atuação do CADE, torna-se natural a seleção de critérios normativos, 'regras de parada' e dispositivos que ensejem uma redução de custos, ao mesmo tempo em se torna urgente que as decisões antitruste possam continuar garantindo uma aplicabilidade confiável à qual possa ser atribuído alto grau de *enforcement*. Isso requer uma elevada segurança jurídica e capacitação técnica integrada – tanto de profissionais do Direito como da Economia.

É desse modo que se deve conduzir o direito concorrencial, com o intuito de compor uma interferência mútua no sentido de restringir a zona de risco que se coloca no que tange à verificação de condutas que constituam ilícitos antitruste. Para tal, indispensável é a utilização de ferramentas econométricas aliadas às hipóteses de aplicação dos dispositivos normativos estabelecidas pela letra da lei, conferindo uma convivência estável aos interesses da sociedade, do consumidor, das empresas privadas e do Estado, já que *"we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements [...] as well as those involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect."*⁵²

5. Referências

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BERGH, Roger Van den. The growth of law and economics in Europe. *European Economic Review*. V. 40, 1996, pp. 969-977.

BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996.

BORK, R. H.. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1978.

BRASIL. Guia Prático do CADE. A defesa da concorrência no Brasil. 3ª edição revista, ampliada e bilingue.

CALVANI, Terry; SIEGFRIED, John. *Economic analysis and antitrust Law*. Boston and Toronto: Little Brown and Co., 1979.

CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, October 1960.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 142.

⁵² COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, October 1960, p. 23.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e Estado como Agente Normativo e Regulador. Revista do IBRAC. Volume 16, Número 1, 2009, pp. 169-186.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. Antitrust, Innovation and Competitiveness. New York: Oxford University Press, 1992.

LANDE, R. H. Ascensão e Queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste, in: Revista de Direito Econômico, 23, 1995, pp.39-65.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Tradução da 5ª edição norte-americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSSETI, José Paschoal. Introdução à Economia. São Paulo: Atlas, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

SCHWARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes, in: POSSAS, Mário (org.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002, pp.97-134.

_____. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GREMAUD, Amaury Patrick; TONETO JR., Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.