

O Direito da Concorrência e seus Fundamentos.¹ Racionalidade e Legitimidade na Aplicação da Lei nº 8.884/94

Luis Fernando Schuartz²

Sumário: I. Considerações Preliminares. II. As Razões do Direito da Concorrência. II.1. Valorização do capital, assimetrias e incerteza. II.2. Justiça social, racionalidade e Direito da Concorrência.

I — Considerações Preliminares

Esta conferência tem como título “O Direito da Concorrência e seus fundamentos”, e como subtítulo “Racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei nº 8.884/94”. Eu pretendo iniciá-la com uma justificativa, ou melhor, uma explicação a respeito do sentido em que ambos devem ser compreendidos, bem como da forma pela qual eles se relacionam sistematicamente. Isto nada tem a ver com uma estratégia, por assim dizer, pedagógica, mas, sim, com o fato de que por detrás da escolha das expressões utilizadas tanto em um como em outro, esconderem-se opções teóricas e metodológicas que eu quero tornar, desde já, explícita.³

Quando um jurista se dispõe a discorrer perante outros juristas sobre os “fundamentos” de uma dada norma ou de um dado conjunto de normas, ele normalmente evoca no seu auditório uma série de associações consolidadas no senso comum da profissão, e que podem ser expressas pela seguinte pergunta: a partir de qual *norma jurídica* a norma ou o conjunto de normas sobre cujos fundamentos se está a indagar pode ser materialmente inferida? Na medida em que esta questão específica — ou uma questão semelhante — estrutura o discurso acerca dos fundamentos de uma norma jurídica ou de um conjunto de normas jurídicas e sua compreensão, a perspectiva que orienta as partes envol-

- 1 Este artigo apresenta o texto-base para aula ministrada no II Curso de Defesa da Concorrência, organizado pelo CADE e realizado no segundo semestre de 1999, em Brasília.
- 2 Mestre em Direito Constitucional e Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Frankfurt.
- 3 Ao leitor menos interessado em questões filosóficas e metodológicas, eu sugiro que comece a leitura a partir da seção II.

vidas é estritamente *interna* ao Direito entendido como *sistema* de normas jurídicas. O problema dos fundamentos deve então ser solucionado única e exclusivamente *no interior* de um ordenamento jurídico previamente individualizado no tempo e no espaço.

Isto significa, para a pergunta antes formulada, que as inferências que solucionam o problema dos fundamentos de normas ou de conjuntos de normas jurídicas devem necessariamente apresentar, como pontos de chegada, ou seja, como premissas, normas jurídicas. Neste sentido, pois, o fundamento de uma norma jurídica é sempre uma outra norma jurídica. A expressão “fundamento” é aqui implicitamente equiparada a “fundamento de validade”, e o termo “validade”, por sua vez, reduzido a sua dimensão *formal*: validade é uma relação entre normas, mais especificamente, uma relação entre normas de *hierarquias* distintas no interior de um mesmo ordenamento jurídico, de modo que a norma superior é considerada o “fundamento de validade” da norma hierarquicamente inferior.

Não é este o espaço para abordar internamente, isto é, com os meios da teoria geral e da filosofia do direito, as — hoje bem conhecidas — dificuldades associadas à decisão metateórica de trabalhar com este conceito reducionista de validade.⁴ Tampouco, cabe aqui discutir as razões pelas quais a tentativa de enriquecê-lo de uma dimensão *semântica* (no sentido de incluir as condições de eficácia) não é suficiente do ponto de vista de uma consciência científica preocupada em manter a sintonia com o debate contemporâneo na filosofia da linguagem. Ao invés disso, o presente texto toma como ponto de partida um conceito de validade jurídica em cujas determinações estão presentes, ainda que de um modo implícito, os resultados salientes de possíveis “processos de aprendizado” que caracterizam as histórias da filosofia analítica e da teoria das sociedades modernas.⁵

4 Tal abordagem, como é sabido, amplamente dominante na dogmática jurídica e nas auto-interpretações dos operadores jurídicos participantes da práxis da aplicação do direito, remete à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, *locus* clássico do referido conceito formal de validade, construído a partir de uma radicalização da irredutibilidade metodológica entre ser e dever-ser e de uma tentativa de purificação ideológica da ciência do direito. Para uma análise da tensa relação entre os conceitos de validade e eficácia em Kelsen, cf. Dreier, *Sein und Sollen. Bemerkungen zur Reine Rechtslehre Kelsens*, in: R. Dreier, *Recht-Moral- Ideologie*, Suhrkamp, 1981, 207-240.

5 Referências importantes neste contexto são os trabalhos de Robert Brandom (*Making it explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, 1994) e de Jürgen Habermas, (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992). Para uma interpretação e crítica da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas a partir do papel nela desempenhado pelo sistema jurídico, cf. L. F. Schuartz, *Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns*, Dissertação, Frankfurt am Main, 1999.

Para os fins da discussão seguinte, ao termo “validade jurídica” atribui-se um sentido eminentemente *pragmático*: a validade de uma norma jurídica é algo que se *constitui* numa relação intersubjetiva, mais especificamente, uma relação que surge tipicamente⁶ por meio de uma “oferta” qualificada de um conteúdo significativo para um conjunto especificável de destinatários, cuja “aceitação” *determina* (no sentido de: torna efetiva) a constituição da relação. Em termos mais simples, isto equivale a dizer que uma norma jurídica *existe e é válida* quando os sujeitos participantes na práxis de interpretação e aplicação dos conteúdos semânticos envolvidos *os tratarem explícita ou implicitamente como* conteúdos semânticos *de* normas jurídicas válidas⁷. Desloca-se, deste modo, a análise para a determinação das condições necessárias e suficientes para o tratamento *adequado* de uma dada objetivação simbólica (por exemplo, um texto escrito) *como* uma norma jurídica e, em caso positivo, *como* norma jurídica válida.

Com efeito, se não há norma jurídica alguma por detrás ou para além da práxis de tratamento de textos *como* normas jurídicas (o mesmo aplicando-se para a relação de validade), isto não quer dizer que *anything goes* em termos da evolução dos critérios explícitos ou implícitos vigentes para a identificação de um *speech act* (ou sua objetivação sob a forma de texto) como uma norma jurídica. Daí a ênfase nas condições para um tratamento *correto* ou adequado de algo como norma jurídica (ou como norma jurídica válida); daí também, em consequência, o caráter não-arbitrário da definição destas condições que o presente texto propõe. Estas resultam, ao contrário, de um processo evolutivo — não inteiramente indeterminado — da *forma* pela qual o sistema jurídico realiza as suas *funções sociais* de estabilização de expectativas normativas, bem como de garantia de consenso a respeito dos fundamentos normativos da vida social, processo este que por assim dizer vai convergir, nas sociedades moder-

6 “Tipicamente”, mas não *necessariamente*, uma vez que existem situações em que a interpretação correta do sentido pragmático de um determinado conteúdo significativo pode ser diretamente extraído do seu uso na práxis, não sendo possível a identificação de quaisquer sujeitos (ou mesmo instituições) aos quais atribuir a “oferta” do conteúdo em questão. Sobre os desdobramentos deste fato para a análise do conceito pragmático de norma jurídica, bem como para o significado *institucional* dos direitos fundamentais, cf. Schartz, *op. cit.*, Cap. VI.

7 O leitor familiarizado com a teoria kelseniana terá notado que os termos “existência” e “validade” são aqui apresentados não apenas como não idênticos, mas também, como logicamente independentes entre si, o que contrasta com a posição de Kelsen, para o qual os termos “validade” e “existência de uma norma jurídica” denotam o mesmo.

nas, em conceitos específicos de norma e validade jurídica⁸, cujo *sentido pragmático* cabe agora precisar⁹.

Vamos tomar então, simplificadamente¹⁰, como condição necessária para a *existência* de uma norma jurídica, a publicação de um texto como resultado de um procedimento instituído por uma norma jurídica superior (o que implica obviamente, para a norma suprema, um problema de auto-referencialidade, o qual nós iremos desconsiderar no presente contexto). Esta, note-se bem, é uma condição necessária mas não *suficiente*. Diante do exposto acima, um texto publicado como resultado de um procedimento juridicamente reconhecido é, num sentido pragmático, apenas uma “oferta” de norma jurídica com um dado conteúdo significativo.

Trata-se, mais especificamente, de uma “oferta” em relação a qual os correspondentes destinatários *poderão ou não* atribuir — de forma implícita ou explícita — ao “ofertante” um *commitment* definido pelas implicações materiais do conteúdo semântico enunciado, consistindo justamente no modo *específico* deste *commitment* a natureza do texto publicado *como* uma norma jurídica. Este *commitment* específico, cujo sentido moderno é produto de uma evolução sociocultural, consiste no compromisso assumido pelo “ofertante” de um texto (com pretensões de valer como norma jurídica) de satisfazer duas

8 O que significa dizer que também as relações subjacentes - e, portanto, os conceitos a elas correspondentes - são historicamente mutáveis. Sobre o tema das relações entre formas de integração social e evolução jurídica, cf. o trabalho clássico de Émile Durkheim, *La division du travail social*, e especialmente Habermas, *op. cit.*, Cap. II, bem como o ensaio *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, in: do mesmo autor, *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, 1976, 260-267. Para uma interpretação, cf. Schuartz, *op. cit.*, Cap. II.c).

9 É preciso ter presente que uma aplicação metodologicamente responsável do modelo pragmático de análise, concebido originalmente no âmbito da teoria do significado de expressões linguísticas, deve enfrentar-se com alguns problemas de adaptação ao ser utilizado para compreender a práxis formalmente institucionalizada de emitir, interpretar e aplicar normas jurídicas, uma vez que tal modelo funciona normalmente no contexto de interações “face a face” entre pessoas concretas. Tais problemas são, diga-se desde logo, solúveis, na medida em que os papéis comunicacionais de “falante” e “ouvinte” são traduzidos em termos de sistemas de ação, de um lado, e conjuntos de destinatários, de outro (que podem ser sistemas de ação ou não). Assim, no caso de uma sentença judicial, por exemplo, o “falante” não é uma pessoa concreta, mas o papel institucionalizado do juiz competente, bem como o sistema de autorizações e argumentos que permitem uma justificativa racional da decisão e o aparato administrativo disponível para garantir a execução da sentença nos termos em que foi proferida.

10 Em sentido estrito, a condição a seguir apresentada não é necessária, o que vai significar a possibilidade de existência de normas jurídicas “implícitas” (mas não no sentido em que a dogmática constitucional costuma entender a expressão). Cf. Schuartz, *op. cit.*, Cap. VI.

obrigações de natureza distinta — e até mesmo oposta¹¹: de um lado, a obrigação discursiva de demonstrar a *legitimidade* da proposta normativa veiculada no texto, em última instância mediante o recurso a argumentos intersubjetivamente válidos; de outro lado, a obrigação de garantir a *vigência* do padrão de comportamento prescrito, em última instância mediante o recurso à força. Um texto publicado para valer como norma jurídica apresenta, portanto, com a sua publicação, uma pretensão de “legitimidade” e uma pretensão de “poder”, de maneira que todo texto publicado que *não puder ser adequadamente tratado* como apresentando esta *dupla* pretensão *não deve ser tratado como expressão de norma jurídica* (o oposto sendo também verdadeiro¹²).

Para efeitos da discussão sobre as condições necessárias para o correto tratamento de um texto como norma jurídica interessam, na realidade, apenas as condições vinculadas à pretensão de “poder”, mais precisamente, aquelas condições relativas à possibilidade de *efetivação* do comportamento prescrito, seja em razão de fatores ligados à *verdade* do respectivo conteúdo semântico ou seus pressupostos ontológicos, seja em razão de fatores ligados à *seriedade* dos sujeitos institucionalmente responsáveis por tal efetivação. De fato, um texto não pode ser *adequadamente tratado* como *apresentando* uma pretensão de “poder” no caso de prescrever um comportamento irrealizável, ou para cuja efetivação social sejam necessárias intervenções de um aparato institucional flagrantemente cínico com respeito à realizabilidade do conteúdo enunciado; o seu sentido *pragmático* (no sentido de *commitments* atribuíveis) não é o de uma norma jurídica, mas, sim, de algo diverso, como, por exemplo, um desejo bem-intencionado.¹³

Ora, as condições necessárias e suficientes para o tratamento adequado de um texto como *apresentando* uma dupla pretensão de “legitimidade” e de “poder” (i.e., condições pragmáticas de *compreensão* de um texto como uma norma jurídica) *não* são idênticas às condições necessárias e suficientes para

11 Cf. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Cap. I. A proposta habermasiana de conceito de validade jurídica (a partir do qual o correspondente conceito de norma jurídica pode ser reconstruído) é uma tradução pragmática do conceito kantiano.

12 Cf. Schuartz, *op. cit.*, Cap. IV.

13 Isto tem uma implicação muito interessante com respeito ao reconhecimento concreto de normas jurídicas “implícitas” (cf. nota 8). Com efeito, um texto publicado como resultado de um procedimento juridicamente institucionalizado tem sempre *alguma* eficácia no mundo real. O que merece realce é que, nos casos de textos os quais, em virtude de ausência de condições para a sua efetivação, não devam ser tratados pragmaticamente como normas jurídicas, a descrição *daquilo* que é efetivado *não coincide* com a descrição correspondente ao seu conteúdo significativo. Em outras palavras, a publicação do texto em questão introduziu, de fato, uma norma jurídica no mundo social, mas uma norma jurídica com um *conteúdo significativo diferente* daquele *expresso* no mencionado texto.

a *satisfação* das obrigações correspondentes a esta dupla pretensão, embora estejam com as primeiras numa óbvia relação interna. Como visto acima, só faz sentido indagar acerca da referida satisfação sob a pressuposição de que se está diante de um texto que deve ser tratado como uma norma jurídica, o que requer o cumprimento das respectivas condições pragmáticas. *Existente*, logo, a norma jurídica, a questão sobre a possibilidade de satisfação de sua dupla pretensão é uma questão sobre a presença de argumentos intersubjetivamente válidos para satisfação de sua pretensão de “legitimidade”, de um lado¹⁴, e da questão sobre a vigência ou aceitabilidade social do comportamento prescrito, de outro. Uma norma jurídica *válida* será então uma norma em relação a cuja pretensão de “legitimidade” dever-se-á responder afirmativamente a primeira questão; uma norma jurídica *eficaz*, por sua vez, será uma norma em relação a cuja pretensão de “poder” dever-se-á responder de modo afirmativo a segunda questão enunciada.

A separação analítica entre a questão da validade (referente à satisfação da pretensão de “legitimidade” apresentada por um texto que deve ser tratado como norma) e a questão da eficácia (referente à satisfação da pretensão de “poder” apresentada pelo mesmo) não significa que as *respostas* a uma e outra questões não se comuniquem ou devam comunicar-se. Ao contrário, é muito provável que entre os *argumentos* mobilizados para justificar ou criticar uma dada proposta de norma jurídica encontrem-se alguns *relativos* às condições de eficácia do comportamento cuja prescrição se cogita; por outro lado, é bem razoável a suposição sociológica de que o *fato* de existirem bons argumentos para justificar uma dada proposta de norma jurídica possa ser contado *entre* as condições de sua vigência ou aceitabilidade social (tal suposição tornando-se extremamente plausível no momento em que passamos a considerar não mais uma norma jurídica isolada, mas, sim, um dado *ordenamento jurídico* em seu conjunto).

Especialmente relevante para o tema objeto do presente artigo é o tipo de inter-relação mencionado em primeiro lugar, referente às contribuições que argumentos relativos às condições de eficácia de uma norma oferecem para o fortalecimento ou enfraquecimento dos argumentos disponíveis para a defesa da sua validade. Note-se que não se afirma, neste contexto, que uma norma jurídica ineficaz é uma norma inválida (ou seja, que a eficácia é *condição* de validade); nem tampouco, como antecipado, que para determinar se uma dada norma é válida ou inválida é necessário recorrer a um ponto de vista situado “*acima*” do direito positivo. A hipótese proposta por Habermas e aceita neste contexto é bem outra, a saber, que a questão da legitimidade (enquanto busca dos fundamentos

14 Isto não tem absolutamente nada a ver com as tentativas, hoje nada convincentes, de julgar o direito a partir de uma perspectiva externa. A questão da legitimidade, como já demonstrou Habermas, pode ser levantada e respondida de uma perspectiva estritamente interna ao direito positivo. Cf. a respeito *Faktizität und Geltung*, Cap. I e III.

racionais de normas jurídicas) é *imane*nte ao direito positivo, e que tal imanência manifesta-se sob a forma de uma indagação a respeito da conformidade das normas postas aos *procedimentos* para a sua instituição, sob a importante ressalva de que estes procedimentos possam ser “reconstruídos” como formas juridicamente institucionalizadas de *arranjos discursivos*, nos quais bons argumentos são selecionados e “filtrados” num processo aberto de aprendizado.

Vê-se, assim, a proximidade desta abordagem ao modo, de tratamento da questão da validade, típico à teoria geral do direito convencional, mas também, a diferença essencial. A análise recai, em um e outro caso, na verificação da conformidade de uma norma com as normas a ela superiores (procedimentais e não-procedimentais); a diferença está no *significado* atribuído, aqui e ali, a tal conformidade: para o jurista convencional, a dita conformidade — enquanto possa ser racionalmente reconstruída como implicação material apresentando como premissas normas procedimentais e não-procedimentais caracterizadas como superiores — *esgota* o significado da relação de validade. O fundamento racional de uma norma — entendido como a existência de argumentos válidos para a satisfação da sua pretensão de “legitimidade” — é, apesar de relevante e não sem um certo desdém, relegado a uma perspectiva *externa* à estritamente jurídica, seja ela a da moral, a da ética ou a das estratégias políticas. Segundo a abordagem aqui defendida, ao contrário, o fato de uma norma jurídica ter sido posta de acordo com as regras procedimentais representa uma *presunção* de legitimidade no sentido da existência de um estoque de argumentos — cuja natureza vai obviamente variar em função do objeto de regulação — passíveis de mobilização para a justificação racional da norma posta. Novamente, uma tal interpretação está condicionada à possibilidade de um tratamento teórico de procedimentos jurídicos como *discursivamente estruturados* (ainda que com restrições específicas, se comparados aos vários discursos institucionalizados no âmbito da ciência, por exemplo)¹⁵, o que, dependendo da posição teórica adotada com respeito principalmente ao conceito de racionalidade subjacente, vai requerer uma tomada afirmativa de posição a respeito da presença efetiva ou potencial de condições empíricas — sobretudo econômicas — mais ou menos restritivas, entre as quais poderíamos destacar, a título ilustrativo e a partir da posição adotada por Ha-

15 Cf. Habermas, *op. cit.*, Cap. IV, no qual o “encontro” de procedimentos argumentativos com procedimentos juridicamente institucionalizados é explicitamente tematizado sob o ponto de vista das restrições impostas aos primeiros, as quais, de uma perspectiva normativa, não podem ir tão longe a ponto de afetar a “lógica interna” dos referidos processos de argumentação. Habermas refere-se a esta expectativa de modo impreciso, ao dizer que os pressupostos pragmáticos de processos genuinamente discursivos devem ser “na medida do possível” institucionalizados juridicamente. Em minha opinião, esta imprecisão está em parte autorizada pela natureza do objeto, mas é também em parte explicável em razão de dificuldades relacionadas a decisões metateóricas referentes à Teoria da Ação Comunicativa como proposta de uma teoria *crítica* das sociedades modernas. Cf. a respeito Schuartz, *op. cit.*, Cap. IV.

bermas, as condições necessárias e suficientes para a *universalização* dos pressupostos para a instituição jurídica e estabilização de arranjos discursivos — entendidos como procedimentos formais de constituição de opiniões e de uma vontade política, capazes de gozar de uma presunção de racionalidade *comunicativa*¹⁶ — *sob forma específica de um sistema de direitos subjetivos*¹⁷.

Seja qual for a posição adotada em relação a este último ponto, parece-me, em geral, correto afirmar que, nas análises sociológicas de procedimentos jurídicos típicos para a instituição e a aplicação de normas jurídicas, não pode faltar a inclusão da sua dimensão *argumentativa* como *constitutiva* do objeto a ser descrito (ainda que, como eu, se conteste a tese, defendida por Habermas, de que tais procedimentos jurídicos podem ser, sob condições de comunicação ideais, *racionalmente reconstruídos* como arranjos genuinamente discursivos no sentido proposto pela *Diskurstheorie*). Tal caráter constitutivo da dimensão argumentativa nos procedimentos de criação e aplicação de normas jurídicas, resultante em última instância do sentido pragmático *moderno* deste tipo de norma (que retira o fundamento de legitimidade de uma norma da tradição e o coloca em procedimentos formais de justificação racional), é o que justifica a mencionada presunção de que uma norma ou decisão que surge como *output* de procedimentos desta natureza é legítima no sentido exposto, qual seja, o de contar com um estoque específico de bons argumentos para a sua justificação racional.

Desta relação *interna* entre a validade de uma norma e a possibilidade de sua justificação racional por meio de argumentos, decorre uma implicação relevante para a *dinâmica jurídica*, na medida em que esta venha a ser afetada por processos de aprendizado que incidam sobre a base de argumentos sobre a qual a validade de uma norma ou conjunto de normas se apóia. Processos de erosão desta base transformam-se, assim, em um motor *imane*nte de mudanças institucionais que incorporam *acúmulos de racionalidade*, condicionadas pela presença de um ambiente social e político favorável. O importante no presente contexto é destacar que estes processos de racionalização institucional podem assumir formas distintas, a mais saliente das quais, evidentemente, encontra-se na promulgação de uma nova Constituição que altera a estrutura normativa de uma sociedade ou, talvez de modo mais prosaico, em alterações legislativas no corpo de leis ordinárias vigentes em um dado ordenamento jurídico, mas que incluem também — e isto é particularmente essencial para a discussão seguinte — modificações subcutâneas dos *conteúdos semânticos de normas vigentes via inovações juridicamente eficazes relativas à interpretação* das mesmas. Novas interpretações de normas jurídicas sintonizadas com avanços nas ciências das quais depende o maior ou menor grau

16 Para o conceito da “racionalidade comunicativa”, cf. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Suhrkamp, 1981.

17 Cf. Habermas, *op. cit.*, Cap. III, bem como, para uma crítica interna, Schuartz, *op. cit.*, Cap. IV a VI.

de plausibilidade das correspondentes pretensões de legitimidade, tornam-se, *se* utilizadas de forma inteligente nos procedimentos formais de *aplicação* dessas normas, veículos importantes de racionalização institucional.

Nestas últimas afirmações está contido, enfim, o gancho lógico para a contextualização dos problemas — demasiado abstratos — discutidos acima no âmbito de uma investigação científica do Direito da Concorrência. Para o salto mortal que esta operação significa, eu peço o perdão do leitor que me seguiu até aqui, aduzindo em minha defesa que os parágrafos precedentes não foram motivados pelo triste hábito — tão comum entre nós — de colocar idéias fora de lugar, mas, sim, pelo desejo de revelar a complexidade potencial por detrás do tema aqui tratado.

A referida complexidade potencial resulta, por sua vez, da mencionada relação interna existente entre validade de uma norma e aceitabilidade racional de sua pretensão de “legitimidade”. Isto implica para *aquela que afirma* — ou nega — a validade de uma norma o *dever argumentativo* de mostrar as razões pelas quais a norma em questão é válida — ou inválida —, isto é, de apresentar os seus *fundamentos de validade*, o que pressupõe, como visto, a disponibilidade de *argumentos* — e a capacidade de mobilizá-los — definidos como aceitáveis do ponto de vista de uma defesa coerente da racionalidade — ou da irracionalidade — da norma cuja validade se afirma — ou se nega. Ademais, de uma perspectiva estritamente interna à dogmática jurídica convencional (para a qual “validade” é simplificada equacionada à conformidade da norma concreta a normas superiores), o escamoteamento deste dever argumentativo somente é eficaz na medida em que se o deixa reaparecer sob a forma de *propostas interpretativas* de uma norma cuja validade vai então ser *pressuposta*. Seja como for, propor uma interpretação ou afirmar a validade de uma norma implica assumir para si mesmo o dever de apresentar argumentos que a justifiquem objetivamente, ou seja, tornem o conteúdo semântico que a norma jurídica institui racionalmente aceitável¹⁸ (naturalmente, enquanto o conteúdo significativo de uma norma jurídica).

Diante, logo, de um pedido de justificação, estará o jurista convencional que se curva à interpretação dominante de uma norma tão obrigado a fornecer

18 Como dito de forma geral no início do presente texto, o dever argumentativo referido somente constitui-se no interior de uma comunidade específica cuja *práxis* consista no *tratamento* de sujeitos que realizam ações de afirmar ou negar algo *como* obrigados a dar argumentos para a justificação racional daquilo que afirmam ou negam. Se um dado *Sprachspiel*, no qual aparentemente se trocam asserções, *atualiza* ou não esta estrutura argumentativa, ou então simplesmente a imita num nível caricatural, é um problema empírico. Infelizmente, como sabemos, a realidade institucional brasileira está repleta de jogos de linguagem nos quais “argumentos” tem uma função não de convencer e motivar racionalmente, mas sim, de adornar esquemas de comunicação meramente retóricos, nos quais falta ou o bom argumento ou a capacidade de mobilizá-lo (ou ambos).

argumentos substantivos como o teórico interessado na reconstrução racional dos fundamentos de validade — no sentido forte acima indicado — da norma em questão. Na medida, porém, em que o presente texto assume explicitamente a posição de que o Direito da Concorrência *pode* ser reconstruído de um modo racional, i.e., que para a defesa da validade das normas que integram o Direito Concorrencial existem bons argumentos que garantem a sua aceitação racional, fica claro que a apresentação destes bons argumentos pode funcionar, no terreno não-teórico das disputas dogmáticas, como proposta hermenêutica. Esta leitura, perfeitamente legítima do ponto de vista prático, seria até mesmo preferida por mim, uma vez que o tema da discussão que segue estará centrado não tanto na questão da validade (que, como anteriormente visto, está sendo assumida), mas, sim, na questão da racionalidade e legitimidade na *aplicação* do Direito da Concorrência, questão obviamente inseparável da existência de critérios para uma distinção entre aplicações racionais (legítimas) e irracionais (ilegítimas), a qual, por seu turno, não pode ser respondida sem a posse de argumentos que sustentem uma interpretação, consistente e operacionalizável, deste ramo do direito.

Há, por fim, uma observação importante de ser feita ainda no âmbito destas considerações preliminares. Nos parágrafos precedentes, as expressões “legitimidade” e “racionalidade” foram tratadas como sinônimas. Dizer que normas ou decisões são legítimas significa, pois, dizer que são mobilizáveis argumentos que garantam, num e noutro caso, a sua aceitabilidade racional. Nada ou muito pouco foi dito, no entanto, acerca do sentido em que o termo “racionalidade” está sendo aqui empregado. Para aqueles familiarizados com as diversas concepções de racionalidade filosoficamente disponíveis, isto exige evidentemente uma tomada explícita de posição. Esta justa exigência será satisfeita ao longo deste artigo. A razão pela qual a explicitação da minha opção será postergada para o contexto apropriado está no fato de que constitui elemento essencial da parte *crítica* deste texto a destruição da pretensão científica de que é possível — e até mesmo necessário — espremer o Direito da Concorrência no restrito molde de uma racionalidade teleológica-instrumental maximizadora de eficiência ou de “bem-estar social”. Apenas uma descrição metodologicamente consciente do objeto de regulação poderá sensibilizar-nos para o caráter ilusório e potencialmente autoritário desta pretensão, abrindo, ao mesmo tempo, caminho para a proposta de um conceito de racionalidade mais compreensivo, especialmente adaptado para aplicações sobre fenômenos *normativos* baseados — no tocante aos pressupostos ontológicos — em hipóteses sobre eventos *incertos*.

A referência à necessidade da passagem prévia por uma descrição das propriedades estruturais do objeto de regulação (no caso, o poder de mercado e a

dinâmica da concorrência intercapitalista), como condição indispensável para criticar coerentemente a pretensão cientificista indicada, objetiva afastar desde já uma confusão de conseqüências desastrosas para os fins do presente artigo, qual seja, a de supor que eu estaria propondo uma crítica à dominância crescente, também entre nós, do argumento *econômico* no âmbito da aplicação do Direito Concorrencial. Nada mais falso. Como antes afirmei¹⁹, o Direito da Concorrência, tal como praticado onde levado a sério, é predominantemente microeconomia aplicada dentro do contexto de um contencioso administrativo ou judicial.

A forte resistência entre nós observável a tal padrão argumentativo (que está fundado, por assim dizer, na natureza do próprio objeto) é uma coisa que, efetivamente, só poderia ocorrer onde não o melhor argumento, mas a vaidade pessoal é o motor invisível da realidade das instituições. Este artigo propõe, desta forma, uma dupla crítica aos motivos e às implicações subterrâneas das falsas dicotomias entre o “jurídico” e o “econômico”, as quais, infelizmente, já se tornaram preconceitos institucionalizados: de um lado, ao economicismo daqueles que pretendem ver no Direito Concorrencial mera oportunidade para aplicar, tecnocraticamente, teses selecionadas de manuais de microeconomia neoclássica; de outro, ao bacharelismo daqueles que pretendem ver neste ramo do direito apenas uma nova oportunidade para reproduzir um antiquado e nada produtivo padrão retórico.

II — As Razões do Direito da Concorrência

Ao falar das “Razões do Direito da Concorrência”, eu me refiro, antes de mais nada, aos argumentos substantivos que podem ser apresentados perante um público racional para a defesa da legitimidade das normas que integram o seu âmbito. Como anteriormente exposto, isto significa exatamente o mesmo que mostrar, de modo justificado, os “fundamentos de validade” deste ramo do direito. É claro que ao apresentar os argumentos que, a meu ver, devem ser tratados como suficientes para assegurar a racionalidade das normas jurídicas referidas, não se está dizendo que a consideração pretérita destas razões por quem quer que seja deva ser tratada como um fator explicativo central — ou até mesmo secundário — para a *gênese histórica* do Direito Concorrencial vigente. A hipótese aqui é outra, a saber, que é possível por assim dizer “contar uma estória” ou então “construir uma narrativa” a respeito do desenvolvimento do Direito da Concorrência *como se* as normas vigentes fossem o resultado de um processo de aprendizado racional, em que a etapa atual — encarnada no direito vigente — representaria a solução de problemas não solucionados na etapa a ela anterior.

19 Cf. Schwartz, *Dogmática Jurídica e Lei n° 8.884/94*, in: Revista de Direito Mercantil, 107.

Por outro lado, tampouco está implicada numa tentativa de “reconstruir racionalmente” o Direito da Concorrência vigente a obrigação de sustentar que o mesmo não pode ser melhorado. Deve-se ter presente, pelo contrário, que, além do fato óbvio de “a estória continuar”, os argumentos a seguir elencados referem-se à *estrutura* do direito *material* vigente, não cobrindo nem aspectos processuais (relevantísimos, saliente-se), nem detalhes de menor importância. Quanto aos primeiros, cabe ressaltar que ainda há muito o que fazer, inclusive como garantia efetiva das condições de racionalidade de pareceres e decisões dos órgãos de defesa da concorrência²⁰.

Pois bem, qualquer tentativa de interpretação minimamente racional de partes constitutivas importantes do Direito Concorrencial (seja o princípio da livre concorrência ou o da livre iniciativa, seja o artigo 20 ou 54 da Lei nº 8.884/94) vai implicar necessariamente uma tomada de posição implícita do candidato a intérprete em relação a um conjunto finito de *descrições* do objeto de regulação e a um conjunto também finito de correspondentes *implicações normativas* em termos de opções políticas e jurídicas. Para utilizar um termo em voga, poderíamos dizer que as referidas interpretações (realizadas seja por profissionais do direito, seja por autoridades no processo de aplicação) estão sendo, ainda que inconscientemente, orientadas por um *paradigma jurídico*, ou seja, uma espécie de “visão” sobre o funcionamento de uma economia capitalista moderna e das relações possíveis entre esta e os sistemas político e jurídico²¹, *tendo em vista* o processo histórico de concretização de princípios jurídicos vagos em face de — sempre cambiantes — desafios e oportunidades de ação.

É, portanto, a *inevitabilidade* de “visões” deste tipo como *pressupostos lógicos* de interpretações propostas ao nível dogmático ou, ainda, da aplicação das normas do Direito da Concorrência aos casos concretos, o que justifica a iniciativa aqui empreendida de tornar uma dada “visão” *explícita*, sujeita, logo, e de forma visível, a críticas construtivas ou destrutivas, mas também e ao mesmo tempo, a converter-se em candidata a um termo de comparação e, conseqüentemente, de crítica de visões — implícitas ou explícitas — *alternativas*. Se afirmar algo sob circunstâncias específicas é atribuir a si mesmo o ônus de defender o afirmado racionalmente, isto é, mediante o recurso a argumentos que podem “contar” no contexto, então é necessário especificar, em termos bem gerais, quais os repositórios de argumentos válidos (neste sentido mínimo) de onde sacar os insumos para uma defesa racional de interpretações concretas do Direito da Concorrência. Como acaba de ser dito, são três os repositórios de argumentos válidos em relação aos quais tais interpretações devem prestar contas, a saber: a

20 Cf. abaixo, seção II.2.

21 Sobre o conceito de “paradigma jurídico”, cf. Habermas, *op. cit.*, Cap. IX. A expressão é, no presente texto, apresentada num sentido algo distinto.

dogmática jurídica, em especial a referente às normas relativas à Ordem Econômica constitucional; a *ciência econômica*, em especial a microeconomia e as teorias de organização industrial; e a *política econômica*, entendida — num sentido restritivo — como conjunto de proposições economicamente fundadas que conectam meios a fins definidos no âmbito do sistema político.

É claro que os referidos repositórios de saber não devem ser tratados como compartimentos isolados. Na realidade, as inter-relações argumentativas entre as proposições pertencentes a cada um destes três conjuntos saltam aos olhos: na Ordem Econômica constitucional estão premissas *normativas* para a definição de finalidades político-econômicas; a ciência econômica assegura as premissas para a interpretação *racional* da Ordem Econômica constitucional; e as proposições mediadoras da política econômica conferem premissas para a *contextualização* da ciência econômica no âmbito de procedimentos jurídicos (administrativos e judiciais) e do discurso dogmático. A funcionalidade no uso do termo “paradigma jurídico” para efeitos de uma análise de interpretações propostas do Direito da Concorrência está justamente no fato de que tal termo permite a captação destas implicações recíprocas num único lance, ou seja, paradigmas jurídicos distintos significam distintas escolhas num universo de conjunções possíveis entre proposições dogmáticas, de ciência econômica e de política econômica.

Note-se que, para efeitos de um debate esclarecido, o interesse não está apenas nas *possíveis* conjunções entre proposições de tipos variados, mas, sim, naquelas conjunções possíveis entre proposições dogmáticas, econômicas e de política econômica que sejam *defensáveis racionalmente*. A qualidade de uma interpretação ou da práxis de aplicação de normas do Direito Concorrencial é assim uma função direta do grau de racionalidade dos argumentos disponíveis para suportá-las. Para este ramo específico do direito, por sua vez, este grau de racionalidade é determinado basicamente pela consistência dos argumentos de *ciência econômica* que podem ser mobilizados para bancar uma interpretação *sistemática* da legislação e uma formulação *realista* de objetivos de política econômica.

Dito de forma elementar, isto significa que somente depois de possuir uma “visão” mais ou menos racionalizada da estrutura e do funcionamento do objeto de regulação normativa, é possível interpretar de um modo realista — e, portanto, racional — as normas que compõem a regulação, bem como identificar os pontos de frustração das expectativas normativas previamente interpretadas *vis-à-vis* da “realidade” processualmente construída em cada caso concreto.

Ainda que paradigmas jurídicos não devam ser confundidos com teorias científicas (na medida em que são “visões” da realidade social funcionando *no contexto* da práxis de interpretação e aplicação do direito), o maior ou menor

grau de racionalidade de paradigmas jurídicos concorrentes depende do maior ou menor grau de porosidade dos mesmos a proposições científicas válidas, as quais podem constituir-se em *elementos* daqueles. A ciência, assim, relaciona-se com o direito de forma *mediada*, na medida em que fornece *inputs* para a construção de paradigmas jurídicos com ela sintonizados. No caso do Direito da Concorrência tal como praticado convencionalmente nos ordenamentos dos países desenvolvidos, os *inputs* têm sido fornecidos predominantemente pela microeconomia *neoclássica*. Os modelos neoclássicos têm disponibilizado os insumos teóricos para a elaboração de “visões” da economia capitalista que vão orientar respostas a perguntas não apenas dos *policy makers* no âmbito da formulação de uma política da concorrência, mas também, das autoridades administrativas e judiciais (e dos advogados) no âmbito da interpretação e da aplicação dos textos normativos.

Em outras palavras, são estas “visões” da estrutura e do funcionamento de uma moderna economia capitalista, elaboradas a partir da contextualização dos postulados, teoremas e hipóteses da teoria neoclássica levada a efeito nos respectivos processos decisórios por *policy makers* e profissionais do direito treinados em microeconomia, que vão servir de guia para a definição racional dos *antitrust goals* e, a partir daí, para a montagem dos conceitos dogmáticos básicos bem como a sua operacionalização nos casos concretos. É fascinante seguir a forma pela qual a microeconomia neoclássica foi progressivamente penetrando na práxis de interpretação e aplicação do Direito Antitruste nos Estados Unidos²² — ainda que de um modo menos aberto e radical — na União Européia, tornando-as mais sensíveis aos resultados de discussões acadêmicas e, portanto, mais defensáveis racionalmente. Esta saudável circunstância não é, entretanto, suficiente para converter a microeconomia neoclássica em corpo teórico *exclusivo* do qual extrair elementos para a construção de paradigmas jurídicos, como se, de fato, os termos “microeconomia neoclássica aplicada no contexto de análises antitruste” e “economia antitruste” fossem simplesmente sinônimos.

Não cabe a mim discutir no âmbito deste texto as razões *econômicas* pelas quais esta posição exclusiva da economia neoclássica pode e deve ser questionada. Eu vou limitar-me, na subseção seguinte, a apresentar elementos para uma “visão” alternativa da realidade das modernas economias capitalistas capaz de funcionar como um paradigma jurídico cuja recepção na práxis de interpretação e de aplicação do Direito da Concorrência possa ser reconstruída

22 Sobre a questão da “permeabilidade” dos processos de aplicação à teoria econômica nos Estados Unidos, cf. as interessantes passagens em Gellhorn & Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, 1994, pp. 30-37, sobretudo a importância da estrutura judicial descentralizada como estímulo à diversidade de canais receptores de *inputs* teóricos alternativos.

como um *processo de aprendizado*, isto é, um *acúmulo* de racionalidade²³ em relação à mobilização do paradigma predominante²⁴. Antes de fazê-lo, porém, são necessárias duas observações.

Em *primeiro* lugar, mesmo uma hipotética aceitação total do paradigma a seguir exposto não implicaria em absoluto a desqualificação de argumentos *de origem* neoclássica no contexto dos contenciosos administrativo e judicial. Isto porque, *neste* contexto específico, os argumentos não estão unicamente (ou mesmo, do ponto de vista das *partes*, predominantemente) a serviço da busca discursiva e cooperativa da verdade, mas, sim, do ataque e da defesa de agentes estrategicamente envolvidos num jogo de soma zero, regulado por normas procedimentais fixas e submetido à necessidade de produzir decisões vinculantes. É, assim, somente ao nível mais abstrato das discussões teóricas e metadogmáticas que se faz sentir realmente a *incompatibilidade lógica* entre os paradigmas de teoria econômica concorrentes, e entre os correspondentes paradigmas jurídicos.

Em *segundo* lugar, a proposta de um paradigma jurídico alternativo ao neoclássico dominante não pode perder de vista que a recepção e o abandono de paradigmas jurídicos são fases de um processo que é *político e jurídico* por natureza. O sistema político-jurídico, por sua vez, opera num ritmo próprio e sob restrições/condições distintas daquelas peculiares ao sistema científico. A eficácia dinâmica de bons argumentos, que neste último tem função essencial, não se torna, é verdade, obrigatoriamente irrelevante naquele, mas adquire um papel subordinado aos imperativos de gerar decisões vinculantes e estabilizar expectativas normativas, tudo isto no contexto da concretização da "idéia" de Estado Democrático de Direito. Além, logo, da superioridade dos argumentos, a recepção consistente de um novo paradigma vai sempre requerer apoio ao ní-

23 Para que não parem mal-entendidos, é importante repetir que o paradigma dominante representa notáveis avanços em relação à situação que prevalecia anteriormente. A proposta de um novo paradigma surge assim como uma tentativa de dar *mais* um passo adiante. Neste sentido, a situação nos E.U.A. e na União Européia é incomparável àquela existente em países como o Brasil, onde a má retórica ainda prevalece sobre o discurso técnico. Em casos como este, a incorporação *institucional* da microeconomia neoclássica representaria um ganho brutal de racionalidade.

24 Neste ponto a minha dívida em relação a meu amigo, o Prof. Mario Possas, não poderia ser superestimada. Cf. os seguintes textos deste autor: *Para uma releitura teórica da Teoria Geral*, in: Pesquisa e Planejamento Econômico, 16 (2), 1986, pp. 295-308; *A dinâmica da economia capitalista. Uma abordagem teórica*, 1987, Brasiliense; *Racionalidade e Regularidades: Rumo a uma Integração Micro-Macrodinâmica*, in: Economia e Sociedade, 2, 1993, 59-80; *Dinâmica e concorrência capitalista. Uma interpretação a partir de Marx*, 1989, Hucitec; *Competitividade: Fatores Sistêmicos e Política Industrial*, in: Castro, Possas, Proença (orgs.), 1996, Forense, 71-117.

vel de interesses de políticos e operadores jurídicos por vezes habituados a caminhar, despreocupadamente, na contramão da razão.

II.1 — Valorização do capital, assimetrias e incerteza

Como foi acima exposto, falar de paradigmas jurídicos no contexto da interpretação e aplicação do Direito da Concorrência implica fazer referência a “visões” acerca do funcionamento do capitalismo contemporâneo, as quais são construídas e utilizadas num âmbito prático específico, que pode ser mais ou menos poroso a bons argumentos oriundos de debates acadêmicos. Em outras palavras, trata-se da necessidade de recorrer — ainda que implicitamente — a tais “visões” *no momento* em que se interpreta ou aplica este ramo do direito desta ou daquela maneira. A decisão de tornar explícito este recurso significa aqui, assim, que a “visão” a seguir apresentada já foi previamente contextualizada, tendo em vista um determinado conjunto de normas que constituem pontos de referência fixos (embora, como antecipado, o *conteúdo semântico* das mesmas possa variar dentro de certos limites, como função de pressões no sentido de torná-las mais racionais).

Como o Direito da Concorrência deve, por coerência hermenêutica, ser interpretado a partir das normas gerais da Ordem Económica Constitucional, o ponto de partida do processo interpretativo está no art. 170 da CF, que fixa os fundamentos e a finalidade desta ordem. No presente contexto, eu destacaria apenas o fato de o referido artigo prescrever como fim da Ordem Económica o “bem de todos” segundo critérios de justiça social (na mesma direção vai o art. 1º, IV, da CF, que define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito os *valores sociais* da livre iniciativa). A diretiva geral implicada por estes textos está no *dever* atribuído aos poderes públicos de agir no sentido de, preservando a estrutura normativa básica do sistema capitalista, influenciar a sua trajetória, tendo em vista a realização de justiça social. Um tal dever, por outro lado, não faria sentido no contexto de uma descrição do capitalismo que associasse a realização desta finalidade ao seu funcionamento *não regulado*. É justamente em função da *pressuposição* de que o capitalismo não produz, por si próprio, uma ordem social justa, que a definição *normativa* da finalidade da Ordem Económica no sentido da realização deste ideal adquire um significado consistente com as normas constitucionais que definem positivamente âmbitos de regulação estatal da economia.

Esta conclusão, entretanto, nada implica, por enquanto, relativamente à *possibilidade* de realização do referido ideal *tal como* nominalmente escrito no texto constitucional. Em outras palavras, da negação das virtudes sociais do *laissez faire* oligopolista não se segue a afirmação da possibilidade político-económica da regulação da economia capitalista no sentido da universaliza-

ção de condições materiais para uma vida minimamente digna. Pressupondo aqui, porém, a falta de conhecimento científico para afirmações da *impossibilidade* de uma tal regulação, a referida conclusão implica que *tentativas* de realização do ideal normativamente definido *devem ser*, apesar das incertezas e dos riscos às mesmas associados, levadas a cabo.

É claro, de outra parte, que a diretriz normativa geral contida no art. 170 da CF não é suficiente (por ser demasiado abstrata) para solucionar os problemas específicos relacionados à interpretação e aplicação do Direito da Concorrência; além disso, a “visão” do capitalismo como sistema que requer regulação estatal como condição de justiça social é tosca e incompleta demais para permitir um grau de diferenciação conceitual que satisfaça — no sentido de “não ser incompatível” — os critérios de racionalidade próprios à discussão científico-econômica atual. É preciso, em outras palavras, trocar em miúdos a afirmação da necessidade de regulação estatal da economia como meio para a realização de um estado social justo, e isto até o ponto de permitir interpretar o Direito Concorrencial vigente como *um* instrumento regulatório *racional* para a busca deste ideal.

Uma forma de fazer isto é apresentar fragmentos selecionados de uma teoria da dinâmica capitalista ligados sistematicamente entre si a partir de duas perspectivas metodológicas complementares²⁵. Ao nível mais geral, trata-se de captar aquelas estruturas constitutivas fundamentais do sistema capitalista que se impõem como forças objetivas aos agentes econômicos individuais. Neste primeiro nível de abstração, cabe destacar o caráter *intrinsecamente* dinâmico do capital como dinheiro em busca de autovalorização (ou G-G', na chamada “fórmula geral do capital” abreviada, de Marx). Esta necessidade imanente ao capital de valorizar-se aparece então para o agente capitalista individual como a necessidade, mediada pela concorrência intercapitalista, de aumentar o valor total de um portfólio de ativos que pode ser extremamente heterogêneo quanto a sua composição.

Do lado *produtivo*, então, esta “lei” estrutural básica vai desembocar, sob as condições históricas do século dezenove, na “lei” do desenvolvimento das forças produtivas como a forma dominante de acumulação, concentração e centralização do capital e o fator potencializador do progresso técnico; sobre este *insight*, como é sabido, Joseph Schumpeter vai construir a sua “teoria do desenvolvimento econômico”, na qual as inovações *lato sensu* (“*Durchsetzung neuer Kombinationen*”) têm papel determinante nas estratégias de valorização do capital dos agentes econômicos. Inovar significa, neste contexto, gerar para si mesmo vantagens competitivas passíveis de apropriação privada sob

25 Esta é a idéia básica de Possas, encampada incondicionalmente neste contexto.

forma de lucros supracompetitivos. A “concorrência via introdução de inovações” assume, assim, função explanatória essencial no que toca às determinações da dinâmica capitalista. O sistema capitalista é — vai dizer Schumpeter na esteira de Marx — *essencialmente* dinâmico²⁶, uma vez que é a própria busca do lucro (portanto, uma propriedade intrínseca básica do sistema) a mover o capitalista, a inovar e, no limite (dependendo da natureza e do nível de agregação dos efeitos associados à inovação em questão), revolucionar estruturas produtivas preexistentes, possibilitando *substanciais* — e não marginais — aumentos de produtividade e reduções de preços, bem como a melhoria da qualidade dos produtos. Neste sentido, sob o dinamismo entendido como mudança estrutural está o dinamismo mais “fundamental” associado às propriedades constitutivas do próprio capital, o qual, segundo a idéia básica de Marx, é movimento (G-G’).

Esta concepção, como é óbvio, tem uma implicação imediata para um tratamento cientificamente consistente do conceito de concorrência no âmbito do *Direito Concorrencial*²⁷. A concorrência deixa de ser entendida como um mecanismo passivo de ajustamento de variáveis econômicas a um equilíbrio com propriedades de eficiência paretiana; ao contrário, a concorrência passa a ser vista como um processo dinâmico de geração, estabilização e equalização de *assimetrias* entre agentes econômicos em busca de lucros extraordinários. Neste contexto, a relação entre concorrência e *eficiência* (definida em termos de ganhos de “bem-estar” social) não se dá espontaneamente, mas pressupõe a mediação de *pressões competitivas* suficientes para transformar as *inovações* em fatores determinantes de criação de vantagens comparativas e apropriação de ganhos extraordinários, mas, também, de redução do tempo necessário para a contestação destas vantagens e a diluição de — ou socialização dos benefícios associados a — tais ganhos.

Num sentido normativamente relevante, então, a “defesa” institucional da concorrência vai orientar as suas ações para a criação e a reprodução de um ambiente competitivo no qual as referidas pressões atuantes sobre os agentes (e os seus mercados) sejam mantidas num nível tal que permita presumir que o motor efetivo daquele processo dinâmico em que assimetrias competitivas são criadas, estabilizadas, incrementadas ou neutralizadas (como resultado natural do processo de valorização do capital) está na introdução de inovações, e que o efeito colateral mais importante deste processo dinâmico está numa *rápida e ampla difusão* dos ganhos de eficiência associados a estas inovações. Nestes termos, a expressão “ganhos de eficiência” sofre uma redução no seu campo de

26 Cf. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 1950, especialmente o Cap. 7.

27 Cf. a respeito Luis F. Schuartz, *Dogmática jurídica e Lei n° 8.884/94*, in: *Revista de Direito Mercantil*, 107, bem como infra.

aplicabilidade normativo, na medida em que *não há* “virtudes sociais” nas economias capitalistas de mercado que vão além de uma capacidade brutal e sem precedentes de gerar continuamente e de selecionar, via mecanismos de mercado — *ex post* —, inovações com impactos substanciais sobre custos, preços e qualidade dos bens e serviços ofertados. Se é verdade, na feliz expressão de Richard Nelson, que o capitalismo é uma “*engine of progress*”, não é menos verdade que a realização desta função por esta “máquina” não pode dar-se sem deixar atrás de si um enorme rastro de “ineficiências” alocativas e, sobretudo, distributivas, e isto não apenas como subproduto, mas também como *condição de possibilidade*²⁸.

Para os fins de construção de uma “visão” da economia capitalista que seja adequada do ponto de vista da sua operacionalização no contexto de uma justificativa racional do Direito da Concorrência, a incorporação de elementos desta matriz teórica representa um claro avanço em termos de racionalidade e de consistência científica. Para quem esteja suficientemente familiarizado com os debates metodológicos nas ciências sociais, e epistemológico na filosofia da ciência, o ideal neoclássico de ciência, internamente ligado ao ideal cartesiano de método, é completamente anacrônico. Ao modelar-se na física oitocentista e converter a matematização da realidade econômica em fim em si mesmo, o *mainstream* neoclássico é forçado a eliminar dos seus modelos aspectos desta mesma realidade que lhe são *essenciais*. O modelo, assim, deixa de simplificar a realidade para falseá-la, o que transparece de uma maneira particularmente irritante nos supostos comportamentais da teoria e no fetichismo anticientífico do equilíbrio.

Ocorre, porém, que se, de um lado, a predominância do neoclassicismo nas instituições *culturais* (universidades, institutos de pesquisa, associações de profissionais etc.) é objetivamente injustificável, a sua força nas instituições *jurídicas* responsáveis pela contextualização da economia na interpretação e aplicação do *Direito da Concorrência* não é algo que, de outro lado, possa ser, sem mais, explicado por categorias ideológico-políticas ou psicológicas. Isto porque, *neste* contexto, a recepção do discurso científico está subordinada às funções sociais próprias ao sistema jurídico, a mais saliente delas consistindo na generalização social e temporal de expectativas normativas a partir de uma

28 Este *trade-off* torna-se, certamente, uma fonte estrutural de problemas no momento de interpretar as normas do Direito da Concorrência relativas ao controle de estruturas de mercado no âmbito de atos de concentração econômica, na medida em que afeta *tanto* a orientação usual baseada na regra da “soma” dos excedentes do produtor e do consumidor, *como* uma orientação com um viés mais “distributivista”, preocupada em prevenir possíveis transferências de renda dos consumidores para os produtores, viabilizadas por posições dominantes. Cf. *infra*.

esquemática binária das possibilidades de decisão²⁹. O que interessa, nestes termos, para o sistema jurídico, é a capacidade de projetar num futuro incerto um esquema simples de decisão previamente definido nas suas possibilidades de atualização, de modo que o caráter contingente do direito positivo possa ser parcialmente controlado: as normas podem mudar e mudam incessantemente (de acordo com procedimentos institucionalizados), mas uma conduta *X* será sempre *ou* conforme o direito vigente, *ou* não. O sistema jurídico, em outras palavras, repele ambigüidades relativas à definição dos critérios de distinção entre condutas lícitas e ilícitas, permitidas e não permitidas, pré-estruturando desta forma o universo de contatos possíveis entre si mesmo e os paradigmas concorrentes nas ciências.

A vantagem da economia neoclássica no âmbito da aplicação do Direito da Concorrência está, então, no fato de ela oferecer a autoridades, advogados e empresas, critérios *unívocos* de classificação de fatos processuais para fins de posterior esquematização jurídica. Assim, por exemplo, atos de concentração econômica terão impactos unívocos (*a*) positivos, (*b*) neutros ou (*c*) negativos sobre o bem-estar social (definido aqui como a “soma” entre os excedentes do produtor e do consumidor), podendo o sistema jurídico esquematizar tais atos também univocamente como (*a*) autorizados (duas primeiras hipóteses) ou (*b*) não autorizados (na última hipótese). Na “visão” concorrente apresentada até aqui, contudo, a realidade é muito mais complexa. Arranjos institucionais (no sentido mais amplo possível) adotados como estratégias de valorização do capital por agentes racionais podem ter efeitos econômicos *indeterminados* e, em conseqüência, juridicamente *ambíguos*. Ao incorporar como um elemento constitutivo do objeto de regulação a *instabilidade estrutural*, isto é, o fato de o sistema econômico capitalista gerar de uma maneira imanente modificações descontínuas e abruptas — por meio de inovações nos produtos, nos processos e nas formas organizacionais — nos próprios *parâmetros*, e ao associar tal fato de modo *simultâneo* à geração e ao fortalecimento de *assimetrias* de vários tipos entre os agentes, de um lado, e a processos de *desenvolvimento* econômico, de outro, esta “visão” alternativa do capitalismo põe em si mesmo um problema de vida ou morte: como separar, no fluxo contínuo de condutas e estratégias dos agentes capitalistas destinados a valorizar os respectivos capitais, as lícitas das ilícitas, as autorizadas das não autorizadas? Se, como argumenta Schumpeter no Cap. 8 de *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, práticas tipicamente vistas como restritivas pelo economista — neoclássico — convencional devem ser postas num contexto interpretativo mais amplo que leve em consi-

29 Cf. a respeito Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1995.

deração a instabilidade estrutural do capitalismo, no qual elas podem³⁰ até mesmo *trocar de sinal*, convertendo-se em *condições necessárias de aumento de eficiência dinâmica*, então como decidir em concreto se uma dada prática é restritiva ou não em termos de eficiência?

Esta questão é séria demais para ser varrida para debaixo do tapete. Que se trata de uma questão de *vida ou morte*, resulta do fato muito desconfortável de a justificação *racional* do Direito Concorrencial depender de uma resposta positiva à mesma. Se Schumpeter tem razão — e acreditamos que o tenha! — ao recorrer ao aparente paradoxo de que “carros andam mais rápido *porque* têm freios” para explicar a relação de dependência entre práticas “monopolísticas” e geração de eficiências, então como justificar racionalmente instituições que, em nome dessas eficiências, *limitam* o uso de “freios”? É claro que esta forma de colocar o problema prejudica a resposta. Alguém poderia argumentar neste contexto que existem práticas restritivas que são favoráveis ao incremento de eficiências dinâmicas e outras que não o são. Isto é correto, mas a questão está em como separar umas das outras “sob condições de revolução permanente”. Posta a questão de modo mais radical: se a forma mais eficiente de selecionar esforços inovativos é via mercado (ou *ex post*), então qual é o fundamento que justifica em termos de racionalidade a atividade *ex ante* das autoridades? Uma possível resposta apontaria para a relação entre virtudes seletivas do mercado e *pressões competitivas* para afirmar que o papel das autoridades deve ser o de zelar por um nível suficiente de pressões competitivas sobre os agentes e seus mercados de atuação. Também isto é essencialmente correto, mas como saber o que é “suficiente” em cada caso concreto? Ademais, como ter certeza de que estas pressões competitivas (supondo resolvida a questão acerca dos critérios de suficiência), definidas como mera potencialidade *a partir* de características estruturais dos mercados em questão, *precisam* ser atualizadas nas hipóteses normativas relevantes, se, por pressuposto, a própria estrutura dos mercados torna-se descontínua e inexoravelmente *variável* em virtude das *condutas* dos agentes (sobre as que, enfim, se pretende emitir juízos normativos relativos ao seu caráter restritivo)?

Diante de dificuldades desta monta, parece ao menos plausível sugerir uma estratégia no sentido de encaminhar a discussão para um desfecho menos dramático. Trata-se de recorrer aos diferentes “tempos” próprios aos sistemas jurídico e científico, e de converter o caráter *indeterminado* dos prognósticos científicos relativos à natureza dos efeitos associados a práticas estratégicas de agen-

30 Schumpeter não diz evidentemente que *todas* as práticas tidas como restritivas mostram-se, “sob condições da revolução permanente”, funcionais para o desenvolvimento econômico, mas ele apenas afirma a diferença, sem fornecer critérios para operacionalizá-la *in concreto*. Cf. o citado Cap. 8 de *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*.

tes econômicos num período de tempo que seja *analiticamente* relevante, no caráter *probabilisticamente determinável* dos prognósticos “cientificamente orientados” sobre a natureza destes mesmos efeitos num período de tempo que seja *juridicamente* relevante. Isto poderia ser entendido, em última instância, como a tentativa de “encurtar” o período de tempo relevante para a aplicação do Direito Concorrencial de maneira a fazê-lo coincidir com o “curto prazo”, definido, por sua vez, como o período em que as estruturas produtivas estão *dadas*. Esta sugestão, embora em princípio verdadeiramente útil sob aspectos que ainda examinaremos, não é suficiente para eliminar as dificuldades com as quais nos defrontamos ao nível de abstração em que se move a discussão até aqui, e ela não é suficiente por duas razões básicas que vale a pena mencionar a seguir.

Em *primeiro* lugar, a cisão estratégica entre o tempo jurídico e o tempo científico, metodologicamente justificável e teoricamente necessária, tendo em vista as suas diferentes funções sociais, somente pode ser considerada legítima (no contexto da tentativa, aqui empreendida, de fundamentar *racionalmente* o Direito Concorrencial), quando não possa levar a resultados *sistematicamente incompatíveis* com aqueles resultantes da atividade teórica dos economistas (o que não significa que os fundamentos da racionalidade dos resultados, num e noutra caso, sejam exatamente os mesmos). A desconsideração da relação de determinação: condutas (estratégias) → estrutura, como feita por exemplo nos modelos estrutura → conduta → desempenho aplicados às análises antitruste, apresenta o inconveniente de possibilitar esta incompatibilidade sistemática. A simplificação para fins de operacionalização leva, portanto, a um falseamento das propriedades do objeto de regulação, inviabilizando um juízo justificado a propósito da racionalidade do Direito da Concorrência *como* meio necessário para o aproveitamento social de eficiências. Sem um tal juízo, no entanto, não há mais nada a opor a um argumento que reduza o discurso das autoridades e o dos especialistas a uma mera tentativa ideológica de racionalizar (no sentido psicanalítico) a própria incapacidade cognitiva e impotência social em face do processo de “destruição criativa” imanente ao sistema capitalista. Daí para a afirmação de que o Direito da Concorrência é um custo socialmente inútil e que deve ser suprimido como condição de estímulo ao investimento produtivo vai apenas um passo.

Em *segundo* lugar, a expectativa de que, para o “curto prazo”, possam ser estimadas probabilidades para juízos implícitos em decisões de autoridades que relacionem entre si estratégias (ou atos de concentração), impactos sobre o nível de pressões competitivas e efeitos econômicos esperados em termos de difusão de eficiências dinâmicas se mostra, quando vista mais de perto, como falsa. A questão aqui não está numa suposta falta de capacidade cognitiva para fins de cálculo das probabilidades relevantes, nem tampouco na proibitividade do custo de obten-

ção das informações necessárias, mas, sim, no caráter *incerto* dos eventos aos quais aqueles juízos se referem, caráter este que é propriedade *objetiva* do *ambiente* econômico. As decisões das autoridades são, em termos técnicos, decisões sob condições de incerteza forte, e não de risco (passível de cálculo probabilístico).³¹

Este ponto é fundamental para o restante da argumentação. Trata-se, de fato, de verdadeiro ponto de inflexão, na medida em que parece nos obrigar a concluir que uma tentativa de justificar, de modo cientificamente consistente o Direito Concorrencial, é completamente ilusória, mas do qual resultará, como veremos a seguir, a linha de argumentação para a solução dos problemas que nos meteram na situação de xeque na qual nos encontramos no momento. Para compreender como esta inflexão é possível, é necessário recuar à descrição do capital como movimento de valorização de ativos de qualquer natureza. Foi visto que, sob o aspecto produtivo, esta “imposição” estrutural vai desembocar historicamente na “lei” do desenvolvimento das forças produtivas e, por esta via, na instabilidade estrutural que é característica do capitalismo plenamente desenvolvido. Mas o processo de valorização do capital pode ser visto também sob uma ótica estritamente *monetária*, ou seja, como movido por decisões que visam à preservação e ampliação de um estoque particular de riqueza, medido ou expresso em unidades monetárias. Desta perspectiva, o objetivo do agente capitalista está no aumento do valor em dinheiro de um conjunto particular de ativos, sendo em princípio irrelevante, para o agente, a composição específica do portfólio cuja valorização em termos monetários se objetiva. Do ponto de vista teórico e no contexto do presente texto, há duas implicações importantes associadas a este fato.

Em *primeiro* lugar, a valorização do capital é um processo; não é algo que se dá de modo instantâneo, mas, sim, que se estende no tempo. Decisões presentes de aplicar capital objetivam a obtenção de ganhos futuros. Os ativos nos quais os agentes decidem aplicar seus capitais apresentam, ademais, perfis temporais diferentes; os retornos associados a cada um distribuem-se de forma distinta no tempo futuro. Em *segundo* lugar, a abordagem da valorização do capital sob o ângulo monetário é, num sentido teórico relevante, mais geral do que aquela referente ao aspecto produtivo. Com efeito, esta apenas concretiza o referido processo de valo-

31 O problema, aparentemente, é mais de “conteúdo” desse tempo, ou seja, da determinabilidade “provisória” e “*ceteris paribus*” de resultados esperados teoricamente de estruturas e condutas, do que de sua *duração*. Nesse sentido, ele afeta *qualquer* esquema teórico, neoclássico (estático) ou schumpeteriano (dinâmico), porque no âmbito antitruste *sempre* se trata de avaliar efeitos resultantes *esperados* de estruturas e condutas. Uma teoria estática dificilmente teria mais facilidade em fazer prognósticos confiáveis; acontece apenas – e isso não é insignificante – que ela leva em conta *menos* variáveis e suas inter-relações no tempo, o que a torna menos complexa e de resultados mais acessíveis e suscetíveis à aplicação legal (eu devo este comentário a M. Possas).

rização para um caso particular — embora decisivo do ponto de vista dinâmico — de ativos, a saber, os ativos produtivos. O ponto a ser destacado aqui é que a intercambialidade funcional dos ativos com respeito às decisões dos agentes capitalistas referentes ao aumento do valor monetário dos respectivos *portfólios* (assegurada, é óbvio, a mesma rentabilidade), tem papel determinante no que diz respeito às diferentes trajetórias das principais variáveis econômicas.

Estas duas implicações, por sua vez, estão ligadas entre si de um modo sistemático e extremamente rico em conseqüências. Coube a Keynes o mérito de ter descoberto e explorado de forma brilhante este veio teórico tão decisivo para o desenvolvimento do pensamento econômico — heterodoxo — no século XX. Para não me alongar em demasia³², há pelo menos um ponto de seleção e menção obrigatórias na *Teoria Geral* de Keynes para os fins da discussão mais específica que é objeto do presente texto, qual seja, o caráter determinante das expectativas *subjetivas* dos agentes quanto a eventos futuros e incertos no que diz respeito à *constituição* e à *reprodução* — em níveis relevantes da dinâmica capitalista — das *estruturas* responsáveis pela *objetividade* no movimento deste sistema econômico. Em outras palavras, o fato desta objetividade depender em grande medida das decisões de agentes capitalistas individuais tomadas com base em expectativas subjetivas quanto a eventos futuros e incertos. Vejamos o que isto significa.

Ponto de partida da análise de Keynes na *Teoria Geral* é o *princípio da demanda efetiva*. Numa formulação geral, trata-se de um princípio válido para qualquer economia *mercantil*, de modo que a sua definição está situada em um nível mais abstrato do que o relativo à análise das economias capitalistas. Este princípio enuncia o fato de haver, numa transação mercantil, uma assimetria em relação às condições necessárias para a sua constituição. Isto porque uma transação mercantil somente constitui-se a partir da decisão autônoma do *comprador* de gastar uma quantia determinada de dinheiro na aquisição do produto oferecido à venda³³. É claro que a decisão de vender também funciona como uma condição necessária para a realização da transação, mas é a decisão de gastar a aparecer como *determinante* para tal realização: são as decisões de gasto que *determinam* a renda e não o contrário, como supõe o senso comum. Concretizado para as relações de produção capitalistas, este princípio abstrato vai ser, no contexto da determinação teórica do comportamento das variáveis

32 Para uma reconstrução sistemática e original dos aspectos centrais da *Teoria Geral*, cf. os textos citados de Mario L. Possas, os quais ademais, aqui como antes, estarão funcionando como os guias da exposição e sendo seletivamente resumidos por mim.

33 No Cap. 3 da *Teoria Geral*, Keynes introduz o princípio da demanda efetiva no contexto da sua discussão das decisões de produzir, mas há argumentos sistemáticos, como mostrou Possas, para generalizar a validade do referido princípio.

micro e macroeconômicas, enriquecido de *dimensões temporais* específicas³⁴. Os agentes capitalistas tomam decisões de aplicar capital na busca de uma rentabilidade que ocorrerá apenas no futuro. Esta rentabilidade, por sua vez, dependerá das decisões de gasto dos demais agentes econômicos (capitalistas, consumidores e governo) e de outras condições de valorização dos ativos que independem em maior ou menor medida do seu controle e sobre as quais seu conhecimento é incompleto.

As decisões de produzir e de investir dos capitalistas são, neste sentido, decisões baseadas em expectativas sobre eventos incertos. O importante a ser destacado aqui é que “incerteza” é um conceito totalmente distinto do conceito de “risco”, tal como entendido convencionalmente pelos economistas. Neste último caso, as premissas das inferências que fundamentam as decisões dos agentes de produzir e de investir referem-se a eventos sobre os quais cálculos de probabilidade são *possíveis*. A cada nova “jogada” do capitalista no âmbito de suas interações com os seus rivais nos seus mercados de atuação abre-se a possibilidade de *aprendizado* das probabilidades associadas a cada evento, de modo que, ao longo do tempo, o asseguramento de tal conhecimento viabiliza a tomada de decisões orientadas pelo critério da maximização dos lucros. No caso das decisões tomadas sob incerteza “forte”, ao contrário, este processo de aprendizado não ocorre, uma vez que as informações necessárias para calcular probabilidades simplesmente *não existem* no momento da decisão. Para além da *complexidade* relativa aos processos decisórios dos agentes econômicos (a qual diz respeito às dificuldades associadas com a coleta e o processamento de informações), a *incerteza* tem a ver com a *inexistência* destas informações no instante da tomada de decisão, na medida em que decisões dos demais agentes (incluindo consumidores e governo) podem interferir de um modo *irreversível e não antecipável* sobre o próprio *ambiente econômico* que condiciona os seus resultados³⁵.

Do ponto de vista epistemológico, a conseqüência relevante que decorre da circunstância de as decisões capitalistas basearem-se, necessariamente, em expectativas *subjetivas* relativas a eventos futuros e incertos, está no abandono da *maximização dos lucros* como o critério de racionalidade das decisões. Isto não quer dizer, por outro lado, que estas decisões devam ser qualificadas como *irracionais*. A inevitabilidade de um componente expectacional e subjetivo no processo decisório dos agentes (espe-

34 Cf. a respeito Possas, *A dinâmica da economia capitalista. Uma abordagem teórica*, 1987, Brasiliense. No âmbito deste texto interessa apenas a dimensão “teórica” do conceito de tempo econômico desenvolvido por Possas, e, relativamente a esta dimensão, apenas a influência exercida pelo futuro esperado sobre as decisões presentes.

35 Possas, *Racionalidade e Regularidades: Rumo a uma Integração Micro-Macrodinâmica*, p. 73: “Incerteza nos processos de decisão, em síntese, supõe premissas *incompletas* (não inverídicas, ou improváveis), levando os agentes a substituir, para completá-las, ‘conhecimento’ por ‘imaginação’ como base para estabelecer as premissas adicionais.”

cialmente no que se refere às decisões de produzir e de investir) não significa a inexistência de critérios que permitam a revisão *crítica* de expectativas e estratégias formuladas no passado, seja pelo próprio agente, seja por um observador neutro (condição necessária para que possamos falar da presença, num sentido minimamente aceitável, de “critério de racionalidade”); ela significa, isto sim, uma renúncia ao caráter *unívoco* dos critérios de racionalidade aplicáveis. Sob condições de incerteza “forte”, deixa de ser racional orientar os processos de formação de expectativas e tomada de decisões pela busca da decisão correta. Na medida em que sob estas condições os erros de previsão são freqüentes e os custos associados a revisões bruscas — quando perceptíveis os erros —, geralmente elevados, torna-se *racional* para os agentes econômicos o recurso a mecanismos *convencionais* para a formação de expectativas e a definição, sobre a sua base, de estratégias de ação: “Mas que hipóteses adotar para preferir alguma expectativa a qualquer outra, se todas são igualmente imprevisíveis? Aqui surge uma das idéias mais originais da *Teoria Geral* de Keynes: se a incerteza é compartilhada pelos agentes e não pode ser suprimida por mais informação, e se os efeitos das decisões dos agentes afetam a todos — especialmente os que atuam no mesmo mercado —, é lógico que se busque conhecer a opinião média dos participantes do mercado a respeito de suas perspectivas futuras; se tal média for bastante representativa, (...) estará indicando uma convergência, e portanto uma tendência provável do mercado em termos das variáveis consideradas. A este procedimento coletivo e interativo de formação de expectativas Keynes denominou *convenção*”³⁶. É a função *estabilizadora* das convenções que vai permitir, então, a constituição de *regularidades* em vários níveis da dinâmica capitalista (inclusive no nível das mudanças estruturais), tornando possível, no dizer de Possas, a conversão da “anarquia” nos processos decisórios em instabilidade potencial, e não em caos.

É claro que a racionalidade de um procedimento consistente em guiar-se por convenções (ou “rotinas”, ou seja, máximas de ação *individuais*), depende da inexistência de “razões específicas” para esperar mudanças no contexto que tornem os comportamentos aos quais se referem “inadequados”, tendo em vista a realização das correspondentes finalidades. E é justamente a necessidade de operacionalizar a diferenciação, pressuposta neste contexto, entre “adequado” e “inadequado”, a requerer a existência de um critério de racionalidade, isto é, um

36 Passos, *op.cit.*, 59-60. Possas, *op. cit.*, p. 69. Logo em seguida, porém (p. 70), acrescenta este autor: “É importante observar, no entanto, que o comportamento convencional *não* esgota as possibilidades de exercer procedimentos racionais na formação de expectativas sob incerteza”, apontando para procedimentos “defensivos” quando for instável o contexto no qual devem formar-se as expectativas. Nesta hipótese, “tende a perder-se o padrão convencional antes vigente, ou mesmo este não chega a se formar; em suma, o critério convencional deixa de existir e a racionalidade terá de ser exercida de outro modo - via de regra, ainda por mecanismos defensivos, mesmo que não necessariamente coletivos, até que nova convenção possa vir a ser adotada, mesmo sob algum grau de instabilidade, ou a convenção anterior possa ser restituída, se desaparecer a instabilidade.”

standard de julgamento *objetivo* o suficiente para permitir ao agente que decide ou a um terceiro, a interpretação de fatos *como* “razões específicas” no sentido apontado. Sem uma tal objetividade não há critério de racionalidade, e sem este último não há perspectiva a partir da qual julgar se uma dada decisão é ou não racional, ou então construir previsões no sentido daquilo que *deveria* ser a conduta de um agente racional. Como foi acima antecipado, entretanto, o reconhecimento teórico da incerteza como atributo do ambiente econômico e, desta forma, a sua presença em *todos* os processos decisórios no capitalismo (inclusive as decisões de consumo), não exclui a definição de uma perspectiva objetiva como a condição mínima para que possamos falar em racionalidade, mas impõe o abandono do conceito de racionalidade *substantiva* da economia neoclássica e a sua troca por um outro mais “abrangente”, e nesta abrangência *não unívoco*.

Ao nível do *agente* que formula expectativas e toma decisões, esta falta de univocidade reflete-se no fato de o critério substantivo da maximização (no sentido matemático estrito) de uma função-objetivo ser substituído por regras práticas de decisão (ou “procedimentos”) valorados e hierarquizados segundo as correspondentes contribuições para a consecução de resultados econômicos “satisfatórios”. Perda de univocidade significa aqui, então, que se, no modelo neoclássico, há apenas, para cada momento e configuração de circunstâncias, *uma única* decisão maximizadora, resultados “satisfatórios” podem ser obtidos por meio de *mais de uma* via ou estratégia de ação. Daí decorrem implicações importantes para as pretensões de validade da *ciência econômica*, de um lado, e da *política econômica*, de outro. Isto porque tanto o cientista que observa e analisa, como o político que regula e intervém, estão *estruturalmente* metidos numa posição *análoga* à do capitalista que formula expectativas e decide com vistas a valorizar seu capital investido. Em todos estes casos estão envolvidas inferências (em decisões de aplicação, na formulação de hipóteses analíticas e descritivas e em decisões de regulação), em cujas bases estão premissas que se referem a eventos *incertos*; em todos e em cada um destes casos há, portanto, em maior ou menor medida, elementos de “imaginação” a preencher as lacunas de conhecimento devidas à *natureza do próprio objeto*; e em todos estes casos há espaço para processos genuínos de aprendizado consistentes na substituição de pretensões ilusórias de racionalidade por outras mais afinadas com a estrutura do objeto a que as respectivas premissas se referem: nos processos de decisão dos agentes econômicos, a citada substituição da racionalidade maximizadora pela *procedural* (Herbert Simon), que conecta *estrategicamente* meios afins; na ciência econômica, a substituição das pretensões de previsibilidade rigorosa modeladas nas ciências físicas pela explicitação teórica de relações abstratas de determinação, baseadas em padrões de regularidade na trajetória do sistema econômico³⁷; e, finalmente, na política econômica, a substitui-

37 Cf. Possas, *op. cit.*, pp. 59-60.

ção da pretensão *tecnocrática de controlar*³⁸ as trajetórias do sistema econômico pela pretensão de regulá-lo também de acordo com um tipo procedural de racionalidade que, ao invés de puramente estratégica, saiba combinar, de modo *normativamente* adequado, conhecimentos científicos (inclusive quanto aos seus limites) com a consideração imparcial dos interesses e aspirações das partes afetadas pela sua implementação.³⁹

Voltemos agora, de posse desses elementos, para a tentativa de construir uma “visão” mais rica e consistente da realidade econômica, tendo em vista a necessidade de justificar racionalmente o Direito Concorrencial. O problema com o qual nos defrontávamos dizia respeito a uma aparente e desconfortável discrepância entre os processos de interpretação e de aplicação desse ramo do direito, de um lado, e a obrigação — pressuposta no contexto — de prestar contas à razão científico-econômica como condição de justificação racional, de outro lado. A constatação da instabilidade estrutural imanente ao capitalismo e do caráter indeterminado das suas trajetórias temporais nos levou a pensar numa estratégia de cisão do tempo de análise para fins de defesa da concorrência em “curto” e “longo” prazos. Esta estratégia, entretanto, mostrou-se ilusória, uma vez que a incerteza, que é elemento constitutivo do sistema, penetra em todas as regiões do tempo real em que os agentes formulam expectativas, tomam e implementam as suas decisões. A implicação relevante é que a onipresença da incerteza nos processos decisórios no capitalismo, ao invés de sepultar de vez nossas esperanças de encontrar um fundamento racional para o Direito da Concorrência, ilumina o caminho onde o mesmo pode ser localizado, uma vez que nos obriga a *deflacionar* as nossas expectativas em relação aos resultados da ciência econômica e da política econômica cientificamente esclarecida, as quais, por sua vez, vão fornecer, em última instância, os *critérios*

38 O termo “controle” tem aqui um significado extremamente amplo, abarcando desde tentativas - hoje quase esquecidas - de planificar a economia, tendo em vista um objetivo estratégico, como as políticas regulatórias, se *não* esclarecidas a respeito dos limites relativos à possibilidade de previsão e influência sobre as trajetórias do sistema econômico.

39 Há, contudo, uma assimetria entre os diferentes papéis que o economista pode assumir em face da realidade econômica. O economista *teórico* não está obrigado a enunciar proposições não cobertas por argumentos que expressem “conhecimento”; ao contrário, ao formular uma teoria ele está implicitamente afirmando, para cada hipótese enunciada, uma pretensão de conhecimento. Assim, as afirmações de que “a incerteza é um atributo do ambiente econômico” e de que “as trajetórias do sistema são indeterminadas” somente gozam de estatuto teórico na medida em que existem argumentos intersubjetivamente válidos que as suportam. Igualmente, dizer que as previsões econômicas dos agentes (e dos próprios economistas) sobre o futuro do sistema apresentam inevitavelmente (em maior ou menor medida) elementos de “imaginação”, é objeto de um *conhecimento*. Por outro lado, a atividade dos economistas no contexto de análises de situações econômicas concretas e previsões (em especial as quantitativas) a respeito do comportamento no tempo real de variáveis econômicas é um misto de saber e fantasia.

para decidir se a existência mesma, bem como a aplicação deste ramo do direito é ou não racional.

Em outras palavras, o reconhecimento explícito do caráter relativamente indeterminado da trajetória do sistema econômico (seja para o capitalista, seja para o economista, seja para a autoridade governamental ou administrativa), é apenas problemático sobre o pano de fundo de um ideal *ilusório* de ciência e de política econômica; somente quando medida a partir de falsos conceitos de racionalidade científica (que equaciona cientificidade e poder preditivo), e de racionalidade política (que equaciona atividade estatal com o poder de regular, instrumentalmente, os processos sociais), é que o reconhecimento da *falta* de poder preditivo em face do futuro econômico e do poder regulatório, tendo em vista a formatação consciente deste futuro, pode surgir como um *problema* de fundamentação para o Direito Concorrencial. Não será justamente *porque* nós tão pouco sabemos a respeito do futuro econômico que a existência de *normas e procedimentos jurídicos*, estabelecidos como tentativa de “domesticá-lo” ao menos parcial e normativamente, pode ser fundamentada, ou seja, justificada racionalmente?

II.2 — Justiça social, racionalidade e Direito da Concorrência

Posta nestes termos, a questão formulada no último parágrafo da seção anterior é, se lida como asserção, trivialmente falsa. Deixemo-nos, entretanto, levar pela sua força de sugestão retórica e pensemos um instante. Vimos que o ponto de partida para responder à pergunta acerca das “razões” do Direito da Concorrência está no art. 170 da CF, o qual estabelece como finalidade da Ordem Econômica o “bem de todos” segundo critérios de justiça social. Foi visto também que o significado eminentemente *normativo* deste artigo tem sua razão de ser no fato de o funcionamento livre das economias capitalistas gerar e fortalecer continuamente, e em vários níveis, assimetrias entre os agentes, de modo que seus efeitos em termos distributivos são claramente concentradores. Neste sentido, a viabilização real do conteúdo prescrito no mencionado texto constitucional requer, em princípio, uma política econômica ativa no que toca à dinâmica do sistema econômico. Se, no entanto, nós sabemos que o sistema econômico não gera, por si mesmo, um Estado social justo, nós *não* sabemos teoricamente *se* um Estado social justo é, ou não, realizável sob condições de uma economia capitalista moderna. Deixando de lado os clamores obviamente ilusórios de “ética” no capitalismo, o problema diz respeito à possibilidade de gerar e estabilizar, via política econômica, as condições materiais para que o “bem de todos” segundo critérios de justiça social seja possível. Trata-se, em suma, de um problema genuinamente econômico, em face do qual esta ciência pouco tem a dizer. Como nós tampouco sabemos, por outro lado, se este ideal é *impossível*,

a obrigatoriedade de definir e implementar ao menos *tentativas* no sentido de sua efetiva realização pode ser inferida sem grandes problemas do art. 170.

A questão que se põe imediatamente em seguida tem a ver, então, com a *racionalidade* destas tentativas, mais especificamente, com a possibilidade de se encontrar, para uma *política* da concorrência e um *Direito* da Concorrência interpretado e aplicado sobre as suas bases, bons argumentos que estabeleçam relações de determinação entre ambos e a finalidade definida normativamente. Novamente, a natureza destes argumentos é claramente econômica, sendo no contexto da busca esclarecida destes argumentos que cabe entender o recurso a “visões” a respeito das estruturas constitutivas e as propriedades dinâmicas das economias capitalistas modernas. Com efeito, é somente de posse de uma “visão” deste tipo que seja cientificamente consistente, que se torna possível determinar, com um grau mínimo de realismo — e, portanto, de racionalidade —, aquilo que *podemos esperar* das políticas públicas direcionadas à regulação do sistema no sentido normativamente relevante. As considerações explicitadas a respeito da natureza do processo concorrencial e da onipresença da incerteza nos processos decisórios dos agentes econômicos objetivaram, neste sentido, demonstrar que não apenas a justiça distributiva, mas *tampouco a eficiência alocativa* (ou estática) devem ser postuladas como estados ideais associáveis à “livre” concorrência. Isto nada tem a ver com questões jurídicas (isto é, se tal ou qual “*antitrust goal*” foi ou não proclamado sob a forma de texto jurídico), mas, sim, com fortes razões de teoria econômica⁴⁰. O legislador, as autoridades ou os “especialistas” podem dizer o que quiserem: somente aqueles resultados sociais que o melhor argumento econômico definir como *possíveis* de realizar por meio da implementação de uma política esclarecida da concorrência — sob a forma de normas jurídicas — é que caberão ser defendidos *racionalmente*. O restante é ideologia.

Dizer que justiça distributiva e eficiência alocativa estática não devem ser vistas como objetivos *imediatos* de uma política racional da concorrência (no sentido geral que inclui a definição de normas jurídicas e sua aplicação), não implica contradizer-se em relação ao que foi dito antes sobre a necessária *compatibilização* desta política com o disposto no art. 170 da CF, ou seja, com a finalidade da Ordem Econômica constitucional consistente na busca do bem de todos os cidadãos segundo critérios de justiça social, nem tampouco, que os referidos ideais não possam penetrar, ainda que de modo *subordinado*, na

40 Como exposto na seção I deste texto, o problema da proclamação nominal, sob forma de norma jurídica, de conteúdos semânticos cuja realização baseia-se em hipóteses falsas, é também, num sentido mais profundo, um problema jurídico, na medida em que o permanente desdém da realidade pelo sentido gramatical do texto nominalmente proclamado acaba por alterar o conteúdo significativo que foi efetivamente *institucionalizado* juridicamente.

construção e aplicação dos conceitos básicos do Direito Concorrencial na prática. O que precisa ser diferenciado cuidadosamente no presente contexto é, de um lado, aquilo que pode ser racionalmente definido como *objetivo* de uma política da concorrência formulada em sintonia com a economia e, de outro, a *contribuição* que a realização *deste objetivo* pode dar em termos das *tentativas* de tornar real a finalidade prescrita no mencionado art. 170. Como exposto acima, apesar da clara identidade da referência num e noutro caso, a resposta à última questão funciona como *fundamento racional* para responder à primeira. De fato, se a *única* contribuição que uma política da concorrência esclarecida pode dar às tentativas de realização de uma ordem social mais justa é *garantir e aumentar pressões competitivas* para possibilitar e acelerar o aproveitamento social dos ganhos das atividades inovativas dos agentes capitalistas, segue-se que os *objetivos imediatos* desta política devem recair justamente na garantia e no incremento de tais pressões. Preocupações distributivas e com a eficiência estática também podem ter espaço aqui, mas como momentos *subordinados* na busca dos referidos objetivos imediatos (e jamais como fins em si mesmos, colocados um ao lado do outro, hipótese em que dariam origem a complexos problemas de consistência legal)⁴¹.

Deste modo, é possível construir uma rede de argumentos racionais que tenha o art. 170 da CF como seu ponto de partida e que desemboque numa política da concorrência e nas normas do Direito da Concorrência sobre a sua base interpretadas e aplicadas. Para isto é necessário, em primeiro lugar, ter em mente a função e os efeitos da concorrência num sistema econômico que apresenta a estrutura e as propriedades de uma economia capitalista moderna, tal como antes mencionado resumidamente. Uma política pública que procure estimular a concorrência nos mercados não pode perder de vista que estimular a concorrência é, ao mesmo tempo, sancionar, em vários níveis e entre vários tipos de agentes, a constituição de assimetrias em regras cumulativas, e apostar na realização de eficiências seletivas *a partir* deste processo de constituição de assimetrias. Nenhuma tentativa economicamente esclarecida de concretizar o dever constitucional — dirigido aos poderes públicos — de zelar pela difusão das condições materiais para uma vida digna, pode ignorar esta ambigüidade que é *inerente* ao processo concorrencial no capitalismo. Nestes termos, justificar, tendo em vista o ideal constitucional de justiça social, uma política de de-

41 Esta questão, que é essencial, distingue a proposta teórica e operacional do presente texto daquela realizada por Ingo Schmidt em seu ilustrativo trabalho *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Fischer, Stuttgart, 1993, o qual também parte de um conceito dinâmico de concorrência, mas erra, a meu ver, ao associar à concorrência “efetiva” a realização simultânea - e até onde eu posso ver, não hierarquizada - de uma distribuição justa de renda, soberania do consumidor, alocação ótima de fatores, flexibilidade dos agentes a mudanças ambientais e progresso técnico (p. 28).

fesa e de estímulo da concorrência, é, em última instância, apontar para a relação de determinação existente entre eficiência seletiva e *desenvolvimento econômico* (no sentido schumpeteriano), este último, por sua vez, como *condição básica* para a realização de mudanças *estruturais* no perfil da distribuição de recursos e renda entre os agentes que sejam justas, ou seja, aceitáveis racionalmente por todos.

A estreita, tortuosa e perigosa via — imaginária? — que conecta estímulo à concorrência e realização de justiça social está sinalizada, assim, por pontos de referência teoricamente identificáveis num nível abstrato. Uma política de estímulo à concorrência preocupada em aumentar as pressões competitivas existentes sobre os agentes e seus mercados é um importante instrumento para assegurar o cumprimento eficiente, pelos mercados, da função de selecionar os esforços inovativos empreendidos pelos agentes em busca da valorização dos respectivos capitais; este cumprimento eficiente, por sua vez, é uma condição necessária para impulsionar e retroalimentar os processos de crescimento que vão garantir, ao final, os recursos para possibilitar as modificações estruturais acima referidas.

O problema da legitimidade (entendida esta última como possibilidade de justificação racional) do Direito Concorrencial não surge, portanto, ao nível — parafraseando Nelson & Winter — do desenho abstrato de um *road map*; mas, sim, na formulação explícita de um código de leitura dos sinais abstratamente identificados que seja concreta o suficiente para permitir a tomada de decisões *racionalmente justificáveis* diante de obstáculos de percurso específicos⁴². Ora, supondo que a estabilização de uma situação generalizada de justiça social sob condições de uma economia capitalista moderna é um ideal factível, então o referido problema pode ser agora, em conformidade com o exposto na seção anterior, posto nos seguintes termos: Como distinguir *in concreto*, no fluxo da dinâmica capitalista e do ponto de vista de um nível considerado suficiente de pressões competitivas, os arranjos institucionais com efeitos líquidos positivos (ou neutros) daqueles com impactos líquidos negativos, *dado que* o ambiente econômico no interior do qual esta dinâmica se desenrola possui propriedades constitutivas de instabilidade estrutural e incerteza? Como *justificar* decisões de autoridades com força vinculante — e, logo, com efeitos econômicos sobre a dinâmica dos mercados aos quais elas se referem — a partir da constatação em certo sentido paradoxal de que nós *sabemos* que não sabemos exatamente que impactos deverão ser associados aos arranjos institucionais concretos adotados pelos agentes econômicos como estratégias de valorização, e nem tampouco que efeitos deverão ser associados a estas decisões mesmas?

42 Cf. Richard R. Nelson & Sidney G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Harvard, 1982, Cap. VI.

Noutras palavras, *em qual sentido* falar de fundamento *racional* do Direito da Concorrência e da sua aplicação, se nós sabemos que as correspondentes decisões estão baseadas em misturas de conhecimento e imaginação, e que esta última não raro supera em muito o primeiro?

Trata-se de um modo mais concreto de formular as questões que já nos preocuparam na seção anterior, só que desta vez de posse de conhecimentos a respeito da onipresença da incerteza nos processos decisórios dos agentes no capitalismo e conscientes da necessidade daí resultante (em razão da situação estruturalmente análoga de observadores e políticos em face deste sistema) de deflacionar expectativas relativas à previsibilidade e ao controle da trajetória das variáveis econômicas relevantes. Sobre um tal pano de fundo, as questões referidas adquirem um caráter bem menos dramático, mas nem por isso com implicações menos interessantes. Com efeito, abandonar uma certa noção de racionalidade em virtude de uma descrição consistente do objeto ao qual ela se aplica, não significa que uma *outra* noção de racionalidade mais afinada com as características do objeto esteja à disposição e que, em caso positivo, a sua aplicação não traga consigo operações tão complexas que acabem por torná-la, no contexto do contencioso administrativo e/ou judicial, pura e simplesmente imprestável.

Pois bem, partiu-se implicitamente nos argumentos postos no final da seção anterior, da hipótese de que o primeiro problema é passível de solução positiva. Naquele contexto dissemos que a expectativa tecnocrática de regular mercados instrumentalmente a partir de critérios unívocos de racionalidade e com vistas à realização bem controlada de objetivos de política econômica é ilusória, devendo ser substituída por uma expectativa bem menos pretensiosa, qual seja, a de decidir de modo a excluir a possibilidade de incompatibilidades *sistemáticas* entre as premissas sobre as quais estas decisões se baseiam e as proposições da ciência econômica, garantindo um tratamento *normativamente* adequado aos interesses das partes envolvidas. No que segue, cabe aprofundar esta noção ainda tosca de racionalidade, bem como mostrar como ela pode servir para fundamentar as normas fundamentais do Direito da Concorrência e guiar sua aplicação prática.

Na referida noção de racionalidade, deve-se ressaltar, primeiramente, o fato de ela aplicar-se ao âmbito dos fenômenos *normativos*. Noutras palavras, aquilo que nós devemos julgar, neste contexto, como racional ou irracional, não são as nossas intervenções sobre o mundo dos objetos materiais, ou então os nossos enunciados sobre este tipo de objetos; o que nos interessa aqui é saber se determinadas *normas*, ou então ações baseadas ou referidas a normas, são racionais ou irracionais. As diferenças de “consistência ontológica” entre ambos os tipos de “objetos” estão na base das diferenças associadas aos modos

a que recorreremos para julgar se um ato ou um enunciado são ou não racionais, a começar pelo fato de que, no “mundo” das normas, dos próprios *objetos*, pode ser predicada maior ou menor racionalidade.

Isto não quer dizer, em absoluto, que os critérios a partir dos quais nós julgamos se, por exemplo, uma certa “proposta normativa” é ou não racional, não mantenham uma relação de *dependência* diante dos *standards* disponíveis para determinar se nossos “juízos de fato” são racionais ou irracionais. Para captar as relações *internas* existentes entre ambos, com efeito, é necessário partir de um conceito — no mínimo⁴³ — *bidimensional* de racionalidade, ao qual possamos recorrer para predicar de irracionais toda “proposta normativa” que, apesar de aparentemente legítima segundo algum critério especificado, esteja baseada — no que diz respeito ao seu cumprimento — em premissas claramente falsas; da mesma forma que nos permita classificar de irracionais enunciados eventualmente verdadeiros proferidos em flagrante desacordo com as normas que definem o contexto da interação social em que a enunciação efetivamente ocorreu.

Isto posto, se nós estamos interessados em saber como é possível, diante da instabilidade estrutural e incerteza forte que caracterizam essencialmente a dinâmica das economias capitalistas contemporâneas, a justificação racional de decisões vinculantes das autoridades antitruste, então nós devemos tentar determinar quais seriam as condições formais de sucesso de uma prestação de contas dessas autoridades em face de uma razão bidimensional que conectasse de um modo interno o legítimo ao verdadeiro e o verdadeiro ao legítimo, *mas* fazendo-o — sendo racional — a partir do *conhecimento* de que as suas decisões estarão *sempre e inexoravelmente* baseando-se em elementos de “imaginação” no que toca ao comportamento futuro de variáveis econômicas selecionadas, e isto no que diz respeito tanto aos juízos sobre impactos associados a condutas e atos de concentração sob exame, quanto àqueles sobre os efeitos associados a estas decisões mesmas.

As referidas “condições formais de sucesso” podem ser especificadas se nós tivermos em mente que o conceito de racionalidade tem a ver, num nível elementar, com os modos de aquisição e uso de *conhecimento*. Indivíduos são racionais quando agem (lingüisticamente ou instrumentalmente) de uma forma *justificável* em face de um conhecimento válido, ou seja, em última instância, de *argumentos intersubjetivamente válidos*. Racionalidade é capacidade de dar bons argumentos (isto é, justificativas que possam “contar” ou “ser tratadas” *como* bons argumentos *no contexto* de uma interação específica) no sentido de *fundamentar* ações (incluindo a de dar bons argumentos), bem como, de *agir* de acordo com bons argumentos. Neste sentido elementar, racionalidade é um

43 A noção habermasiana da *racionalidade comunicativa*, por exemplo, inclui, além da dimensão instrumental e da normativa, também uma dimensão “expressiva”.

conceito *normativo*. Como diz Robert Brandom, ser racional é submeter-se à “força peculiar do melhor argumento”: “This force is a species of *normative* force, a rational ‘ought’. Being rational is being bound or constrained by these norms, being subject to the authority of reasons.”⁴⁴

Por outro lado, predicar de algo ou de alguém que é racional implica especificar um sistema de referência *no interior do qual* os bons argumentos possam ser diferenciados dos maus, isto é, no qual possa ser eventualmente decidida a questão acerca do *quê* “conta” efetivamente como bom argumento. Tal sistema de referência deve conter não apenas os *critérios formais* segundo os quais argumentos possam ser identificados e hierarquizados, mas também, estoques de *argumentos concretos* mobilizáveis sob a forma de conhecimento válido a cada instante dado, que vão servir como as premissas e implicações das *inferências materiais* a cuja aceitação estaremos, como sujeitos racionais, *obrigados*.⁴⁵ Assim, por exemplo, se eu pronuncio a frase: “X é verde”, eu me obrigo (*rational ‘ought’*) a aceitar as premissas e implicações que possam ser, através das inferências materiais válidas na comunidade linguística⁴⁶ a que eu pertença, conectadas a esta frase, como por exemplo: “X é uma cor”, ou então: “X não é preto”, e assim por diante.⁴⁷

Se, juntando agora os argumentos propostos nos últimos parágrafos, nós entendermos o conceito de racionalidade nesta acepção de uma capacidade de discriminar inferências materiais corretas e incorretas, e se afirmarmos que estas inferências devem ser perseguidas ao longo de duas *direções* (premissas e conseqüências daquilo que dizemos e fazemos) e duas *dimensões* (validade normativa *stricto sensu* e verdade), então a pergunta acerca das condições de racionalidade dos processos de aplicação da legislação antitruste poderia ser posta como uma questão acerca da existência — ou não — de critérios *objetivos* (isto é, intersubjetivamente válidos) para a reconstrução de argumentos que permitissem, sistematicamente, a leitura do *conteúdo semântico* e do *senti-*

44 *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, p. 5.

45 O termo “inferência material” é empregado aqui no sentido proposto por Wilfrid Sellars e adotado por R. Brandom. Trata-se das inferências cuja validade depende do conteúdo dos termos não-lógicos que aparecem em suas premissas e conclusões. Elas se distinguem, portanto, das inferências formais, cuja validade depende apenas da sua forma lógica.

46 Como mostrou R. Brandom, esta linha de argumentação não desemboca no relativismo linguístico tão em voga hoje em dia em diversas áreas das ciências humanas (cf. *op. cit.*, Capítulo VIII).

47 Cf. Brandom, *op. cit.*, especialmente os Capítulos I e II. Novamente, esta obrigação só existe de fato quando nós nos *tratamos* reciprocamente *como* obrigados a aceitar premissas e conseqüências articuladas àquilo que dizemos e fazemos por meio de inferências materiais, na medida em que somos cobrados a justificar nossos atos perante os outros mediante o recurso a argumentos válidos. Sociologicamente, portanto, nada impede que identifiquemos “jogos de linguagem” nos quais a troca de palavras entre seus participantes apenas simule, de modo caricatural, processos genuinamente discursivos.

do pragmático das decisões específicas das autoridades como elos de inferências materiais ou válidas ou inválidas, e isto no que toca ao cumprimento tanto das suas condições de verdade, como das suas condições de validade normativa *stricto sensu*. Em outras palavras, a identificação de um possível *standard* de racionalidade, aplicável às decisões normativas das autoridades antitruste, tem por pressuposto um sistema de referências racionalmente aceitável no qual um *consenso* possa ser *racionalmente esperado* acerca da validade ou invalidez das inferências materiais (ou seja, em regra: das cadeias de razões) no interior das quais as mencionadas decisões aparecem como conclusões ou premissas. Sem isto não há controle objetivo (intersubjetivo) de correção de inferências e, portanto, racionalidade.

Uma maneira didática de testar, num nível suficientemente abstrato e de modo a satisfazer os critérios de racionalidade acima resumidos, as pretensões de racionalidade (e de legitimidade) dos processos de aplicação do Direito da Concorrência, é tentar reconstruir um argumento consistente para responder às objeções de um crítico hipotético quanto à possibilidade geral de decisões das autoridades que sejam controláveis intersubjetivamente do ponto de vista da sua correção material. Neste experimento, supõe-se que tanto o crítico como a autoridade que com ele argumenta *sabem* que os processos decisórios se dão inexoravelmente sob condições de incerteza forte, seja no que toca aos efeitos competitivos da conduta ou estratégia analisada, seja quanto aos efeitos sobre o nível de “bem-estar” social associados à decisão mesma. Sob tais condições, vai dizer o crítico, existem *várias* decisões possíveis, igualmente defensáveis. Supondo ainda, para levar o argumento ao limite, que decisões contraditórias podem ser justificadas com bons argumentos (variando obviamente a parte das premissas que se refere a eventos futuros e incertos e que deve, portanto, ser preenchida por elementos de “imaginação”), como esperar o surgimento, para as partes envolvidas (e para os terceiros potencialmente interessados), daquele peculiar “estar obrigado” (*rational 'ought'*) que é *constitutivo* do conceito de racionalidade? Como *pressupor* a possibilidade de um consenso entre sujeitos racionais se tanto aqueles que decidem como aqueles que criticam as decisões encontram-se *estruturalmente* forçados a reconhecer que uma parte maior ou menor das premissas que apóiam as suas conclusões não são redutíveis a um *conhecimento válido*, e que, pressionados a justificar suas decisões e críticas, ver-se-ão mais cedo ou mais tarde compelidos a erguer os ombros e dizer: “Eu não sei”?

É importante lembrar, neste contexto, que o sistema jurídico absorve, na maioria dos casos, a complexidade e a incerteza associadas a previsões sobre o comportamento futuro dos objetos sobre os quais as normas jurídicas incidem, de forma relativamente tranqüila. A pressuposição de um consenso acerca da *verdade* de um dado enunciado a respeito dos efeitos futuros associados a uma

dada conduta ou decisão não é, guardados limites muito largos, uma condição necessária para garantir a racionalidade da decisão correspondente, na medida em que o sistema jurídico funciona *neutralizando* a questão da incerteza e da complexidade por meio da projeção, no futuro, de esquematismos binários de decisão do tipo lícito/ilícito, válido/inválido etc., bem como da definição, nas próprias normas jurídicas, de critérios de classificação dos comportamentos — como lícitos ou ilícitos, válidos ou inválidos etc. — logicamente *independentes* de uma análise acerca dos correspondentes efeitos. Ora, ocorre que no Direito da Concorrência este modo de lidar com objetos complexos e incertos não pode ser aceito, uma vez que neste âmbito o *critério* para classificarmos uma dada conduta como lícita ou ilícita, um determinado ato de concentração como autorizado ou não autorizado, está justamente na *natureza dos efeitos futuros* associados àquela ou a este. Noutras palavras, a racionalidade dos processos de aplicação do Direito da Concorrência e, em última análise, deste ramo do direito mesmo, depende da existência de critérios que permitam o surgimento sistemático de consensos racionais sobre a correção ou incorreção material das decisões, o que não se logra sem a possibilidade de consensos racionais sobre a natureza dos efeitos futuros associáveis a condutas e atos de concentração; por outro lado, a busca dessa possibilidade esbarra numa incerteza *imanente ao objeto* de regulação, condenando, em maior ou menor medida, as tentativas de prever esses efeitos a converterem-se em expressões da imaginação — mais ou menos fértil, bem como mais ou menos auto-esclarecida — daqueles que as empreendem.

A solução deste aparente dilema passa necessariamente, a meu ver, pela proposta de um conceito mais amplo de racionalidade que inclua entre os seus momentos uma reflexão sobre os limites da transição da teoria para a práxis, no nosso caso, da teoria econômica para a práxis de aplicação do Direito da Concorrência. No âmbito *desta* práxis, a garantia de que às decisões tomadas contínua e inexoravelmente pelas autoridades corresponderá um *standard* de racionalidade suficientemente amplo para cobrir o *mérito* das mesmas, advém do reconhecimento refletido de que estas decisões baseiam-se em expectativas subjetivas para as quais, não obstante, é possível vislumbrar um procedimento de *aceitabilidade generalizada*, alcançando tanto as partes como os potenciais interessados.

A idéia básica por detrás desta afirmação consiste no reconhecimento da possibilidade de conceber o *procedimento de aplicação* das normas do Direito Concorrencial como um *mecanismo de generalização e portanto objetivação de expectativas subjetivas*. Trata-se, *grosso modo*, da transposição do *insight* de Keynes acerca das condições de racionalidade de processos decisórios dos agentes capitalistas sob incerteza, para o âmbito dos processos decisórios das autoridades no contexto do contencioso antitruste, de modo a tornar aceitáveis racionalmente as decisões dessas autoridades baseadas em expectativas acerca

de eventos futuros e incertos estruturalmente irredutíveis a um conhecimento válido. Com efeito, se nós *sabemos* — ou deveríamos saber — que *não sabemos* exatamente quais os efeitos que deverão ser associados a condutas ou atos de concentração submetidos para análise, e se, não obstante, nós temos que tomar decisões que dependem necessariamente de uma tomada explícita de posição acerca justamente desses efeitos, então a *aceitabilidade racional* das decisões *efetivamente tomadas* pode ser em princípio garantida pela institucionalização de um procedimento de aplicação do direito que satisfaça num grau adequado certos requisitos *normativos* referentes à *inclusão* dos potenciais interessados no que toca à apresentação das respectivas expectativas quanto ao futuro. Em outras palavras, trata-se de institucionalizar um procedimento jurídico que seja suficientemente inclusivo e poroso à troca de argumentos entre as partes e os potenciais interessados, a ponto de justificar a *presunção* de que as decisões que dele resultarem incorporam, entre as suas premissas, *aquelas* expectativas mais robustas quanto à sua capacidade de resistir a críticas e ao confronto com expectativas alternativas⁴⁸.

Note-se que a referência é feita à necessidade de *institucionalização* de um procedimento para a tomada de decisões que *justifique* a sua reconstrução como um mecanismo de generalização (ou difusão) de expectativas subjetivas. O termo “institucionalização”, neste contexto, é empregado no seu significado estritamente *sociológico*, ou seja, como a constituição e/ou a estabilização de expectativas normativas enquanto comportamento social observável no tempo e no espaço, e não, como exteriorização de um desejo bem-intencionado. Para que a interpretação de um dado procedimento de aplicação do direito como um mecanismo de generalização de expectativas subjetivas e de promoção da *aceitabilidade racional* das decisões que as incorporem seja intelectualmente defensável, não é suficiente, como acontece habitualmente no Brasil, mandar publicar um texto travestido de norma jurídica; é preciso, ao contrário, que o texto *funcione* como norma jurídica, isto é, que os comportamentos previstos nominalmente nos textos encontrem correspondência empírica em termos de expectativas nor-

48 A idéia de que a institucionalização de um procedimento interpretável como arranjo discursivo é condição necessária para a aceitabilidade racional — e portanto legitimidade — de decisões políticas e jurídicas é, como se sabe, um dos traços característicos da filosofia política e jurídica de Habermas. A diferença essencial entre a proposta deste autor e a apresentada brevemente neste artigo diz respeito ao *tipo de racionalidade* que pode ser incorporada a procedimentos de decisão variados, *ainda* que solucionadas as questões empíricas acerca da racionalidade dos *participantes* desses procedimentos e da garantia efetiva das *condições pragmáticas ideais* pressupostas pelos mesmos ao interagirem argumentativamente uns com os outros. No contexto deste texto e ao contrário do defendido por Habermas, a institucionalização de procedimentos discursivos não significa que as correspondentes decisões incorporem — e seja a título de presunção — uma racionalidade *comunicativa*. Cf. a respeito Schuartz, *op. cit.*, Cap. VI.

mativas estabilizadas, cuja frustração impulse uma reação no sentido de um efetivo cumprimento daquilo que o conteúdo do texto manda fazer.

Assim, para que modificações nos textos que definem nominalmente os rumos do procedimento de aplicação das normas de defesa da concorrência (seja o procedimento relativo a infrações, seja o procedimento relativo aos atos especificados no artigo 54) *institucionalizem* procedimentos que possam ser racionalmente interpretados como mecanismos de generalização e objetivação de expectativas subjetivas relativas a eventos futuros e incertos, ou seja, como mecanismos discursivamente estruturados e com capacidade de filtrar aquelas expectativas subjetivas que sejam as mais consistentes do ponto de vista de sua fundamentação racional, é necessário que os envolvidos *efetivamente se comportem*, em algum grau mínimo, de modo a autorizar essa interpretação. É necessário, em última instância, que os sujeitos envolvidos (as autoridades, as partes e os terceiros interessados) efetivamente se comportem como sujeitos racionais, que fornecem e cobram argumentos relativamente àquilo que dizem, escrevem, ouvem e lêem.

A linha divisória que separa uma práxis racional de aplicação do Direito Antitruste (e, portanto, a racionalidade desse ramo do direito), de um tedioso exercício retórico, está, justamente, na existência *palpável* de um padrão de interações de acordo com o qual aquele que afirma ou nega alguma coisa é responsável perante todos os outros, ou seja, é *mantido* responsável perante os outros *pelos* outros. Desta forma, procedimentos institucionalizados nos quais seja razoável supor a vitória do melhor argumento são, evidentemente, apenas idéias reguladoras, mas idéias reguladoras que adquirem concreção no âmbito de uma práxis em que pessoas de carne e osso *orientam* suas condutas a partir da *pressuposição* de que a sua realização, num grau satisfatório, é possível. A passagem para o farsesco surge justamente no momento em que nada mais de real (no plano da orientação das condutas) corresponde a essa pressuposição, de modo que o cinismo ilustrado acaba por se converter no padrão de conduta mais racional do ponto de vista individual.

O ponto que a argumentação precedente pretende evidenciar consiste na natureza eminentemente *pragmática* das condições formais de racionalidade do Direito da Concorrência. É apenas a institucionalização de uma práxis em relação a cuja dinâmica seja plausível esperar uma separação entre argumentos mais ou menos consistentes e uma “filtragem” das proposições que expressem expectativas racionalmente aceitáveis por todos *apesar* de irredutíveis a um conhecimento válido, que pode garantir as ditas condições formais. É claro, de outra parte, que uma tal institucionalização não é suficiente para garantir, por si mesma, uma “qualidade ótima” do discurso, mas ela autoriza a supor

que os espaços nos quais são possíveis aumentos de conhecimento serão utilizados para fins de aprendizados institucionais, ou seja, de acúmulos de racionalidade que possam ser *incorporados em normas jurídicas* efetivamente existentes. A “qualidade ótima” do discurso pode funcionar, neste contexto, também como idéia reguladora, isto é, como norma a guiar as interações argumentativas dos sujeitos envolvidos em fazer e pensar o Direito Concorrencial, obrigando-os a rever criticamente os parâmetros do discurso à medida em que surjam novas e melhores idéias que os ponham em xeque. O desafio de qualquer práxis de aplicação do Direito da Concorrência está justamente em saber fluir de modo a justificar, de tempos em tempos, a sua reconstrução em termos de progresso, o que só é possível sob a condição de que os operadores dessa práxis aprendam a se mover na fértil intersecção entre ciência econômica, dogmática jurídica e política econômica.