

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

JOSÉ CARLOS DA MATTA BERARDO

**RETROVISOR OU BOLA DE CRISTAL? O TEMA DA PROVA NA ANÁLISE DE CONCENTRAÇÕES  
EMPRESARIAIS PELO CADE**

SÃO PAULO  
2017

JOSÉ CARLOS DA MATTA BERARDO

**RETROVISOR OU BOLA DE CRISTAL? O TEMA DA PROVA NA ANÁLISE DE  
CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS PELO CADE**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento.

Campo de conhecimento: Direito dos negócios e Direito da Concorrência

Orientador: Prof. Dr. Caio Mario da Silva Pereira Neto

SÃO PAULO  
2017

Berardo, José Carlos da Matta

Retrovisor ou bola de cristal? O tema da prova na análise de concentrações empresariais pelo CADE / José Carlos da Matta Berardo. - 2017.

117 f.

Orientador: Prof. Dr. Caio Mario da Silva Pereira Neto

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

1. Direito da Concorência. 2. Direito dos negócios. 3. Provas I. Berardo, José Carlos da Matta II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. III. Título.

CDU 347.733

José Carlos da Matta Berardo

**Retrovisor ou Bola de Cristal? O Tema da Prova na Análise de Concentrações Empresariais pelo CADE**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento.

Campo de conhecimento: Direito dos negócios e Direito da Concorrência

**Data de aprovação:**

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Caio Mario da Silva Pereira Neto (Orientador)  
FGV-Direito SP

---

Profa. Dra. Leonor Augusta Giovine Cordovil  
FGV-Direito SP

---

Prof. Dr. Vinícius Marques de Carvalho  
Universidade de São Paulo

## **AGRADECIMENTO**

É injusto deixar de nomear as muitas pessoas a quem me sinto grato por ter podido completar este trabalho, mas seria mais injusto ainda deixar de nomear alguém. Escolho o mal menor. Agradeço a todos que, pela paciência, dedicação e carinho, compartilharam seu tempo, dividiram seu conhecimento, apresentaram novas formas de pensar, suportaram dúvidas, incertezas e angústias, assoberbaram-se, ou esperaram por mim.

## RESUMO

Este trabalho quer apresentar a discussão referente ao tema da prova na análise das concentrações empresariais pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no âmbito da Lei n. 12.529/2011, notadamente diante da constatação de que tal análise, necessariamente prognóstica, se dá sob fortes condições de incerteza quanto à conformação e à dinâmica dos mercados após a consumação do ato de concentração.

A discussão justifica-se para assegurar a aplicação isonômica da Lei por parte da autoridade, em um contexto em que há prognoses concorrentes a respeito de tal conformação de mercado, cabendo ao CADE fazer uma ponderação de probabilidade, verossimilhança ou plausibilidade a respeito dessas prognoses, a partir de informações apresentadas pelas empresas interessadas na consumação de uma concentração e obtidas junto a outros agentes do mercado, como concorrentes, clientes e fornecedores.

Após contextualizar criticamente o quadro normativo aplicável à matéria, inclusive no que toca ao tema da incerteza, e apresentar a metodologia tradicional de análise dos chamados “atos de concentração”, cristalizada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, editado pelas autoridades de defesa da concorrência, à luz de sua fundamentação perante a teoria econômica, o estudo examina os antecedentes históricos da matéria probatória no âmbito das concentrações no Direito Comparado, para então delimitar as discussões, no Direito Brasileiro, sobre o ônus da prova, *standard* probatório e os meios de prova disponíveis no âmbito do exame das concentrações no Brasil.

O capítulo final conclui com recomendações voltadas ao tratamento prático do tema, considerando as especificidades apontadas ao longo do estudo.

Palavras-chave: Direito Antitruste; Concorrência; Concentração Industrial; Prova (Direito); Ônus da Prova.

## **ABSTRACT**

The work aims to present the discussion regarding the theme of evidence in the review of corporate concentrations by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) pursuant to Law no. 12,529/2011, especially in view of the conclusion that this review, necessarily forward-looking, is conducted under strong uncertainty as to market conformation and dynamics following consummation of the merger.

The debate is required to assure equal enforcement of the Law by the authority, in a context in which there are competing prognoses about these market conformation, resting upon the CADE to assess the probabilities, likelihoods or plausibility of those prognoses, based upon information submitted by the merging parties and obtained from other market agents, such as competitors, clients and suppliers.

After critically contextualizing the normative frame applicable to the subject, including the topic of uncertainty, and presenting the traditional methodology for the analysis of merger cases, in the form of the Horizontal Merger Guidelines edited by the competition authorities, the study reviews the history of the antecedents of the discussions about evidence in the context of merger control in Comparative Law, so it can then delineate the debate, under Brazilian Law, about the burden of proof, standard of proof and means of proof available in merger control review in Brazil.

The final chapter concludes with recommendations regarding practical aspects of the matter, considering the particularities identified throughout the analysis.

**Keywords:** Antitrust Law; Competition; Industrial Concentration; Evidence (Law); Burden of Proof.

## SUMÁRIO

1	Introdução.....	9
2	Critérios legais de exame das concentrações empresariais no Brasil .....	16
	2.1 O CADE como órgão julgante .....	16
	2.2 Os critérios legais e o problema da incerteza .....	19
3	A metodologia tradicional de análise de concentrações empresariais: contexto, descrição e fundamentação .....	34
4	A experiência Internacional .....	62
	4.1 <i>Clayton Act, United States v. Philadelphia National Bank</i> e discussões subsequentes.....	63
	4.2 <i>A experiência europeia nos anos 2000</i> .....	76
5	Ônus da prova .....	85
6	Meio de prova .....	103
7	Conclusões e recomendações .....	110
8	Referências.....	114



## 1 Introdução

Algumas religiões da Índia compartilham diversas formas de uma parábola, já quase lugar-comum: um rei sábio reuniu alguns cegos de nascença e mandou entrar no paço um elefante. Pediu aos oficiais então que mostrassem o animal aos cegos, guiando suas mãos: um deles bateu a cauda; outro, a perna; um terceiro, a presa; e outro, ainda, a tromba. Perguntou o rei então como lhes parecia ser o elefante: para um, o elefante se parecia com uma vassoura; para outro, com uma parede; para um terceiro, com um chifre; para o último, com uma grande corda. Os cegos começam, pois, grave altercação, cada qual certo de sua própria descrição do animal. O sábio ali interrompe as discussões, ensinando a seus súditos, afinal, a importância de diferentes perspectivas sobre a realidade.<sup>1</sup>

Uma das grandes tarefas que o Direito, de forma geral, impõe aos advogados é aquela imposta aos cegos: bateando apenas parte do objeto de estudo, descrevê-lo, e, descrevendo-o, convencer os outros da correspondência de sua descrição à verdade. O problema nessa comparação, para além de sua simplicidade, é a falta de perfeita equivalência com a prática da advocacia: não existe um rei sábio a ver todo o elefante; aos humanos – juízes, inclusive – é possível apenas reunir, aqui e ali, relatos que apenas provavelmente dão conta de descrever pelo menos uma parte da verdade dos fatos.

Essa constatação, embora em certa medida óbvia, tem implicações tão profundas para o Direito que é surpreendente, principalmente por essa mesma obviedade, que a produção jurídica brasileira tenha apenas recentemente se dedicado de forma mais atenta ao “juízo epistemológico”<sup>2</sup> essencial à correta aplicação do Direito<sup>3</sup>. Essa pouca atenção, naturalmente, não está no *tratamento processual* da prova de alegações sobre fatos, a respeito do qual a literatura é abundante, mas no seu aspecto material, notadamente sobre o conjunto de condições necessárias e

---

<sup>1</sup> Há muitas versões dessa parábola a ilustrar o princípio jainista do “Anekāntavāda”. Uma versão, mais detalhada, pode ser encontrada em HOLANDA FERREIRA, S. B. e RÓNAI, Paulo. *Mar de Histórias: Antologia do Conto Mundial*, 5ª e., v. 1., Nova Fronteira: 2013.

<sup>2</sup> HAACK, S. *Epistemology and the law of evidence in Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the law*. Cambridge, (2014).

<sup>3</sup> Cf., por exemplo, MARINONI, L. G. e ARENHART, S. *Prova e Convicção*. 3a. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016.

suficientes – *i.e.*, critérios epistemológicos – para que determinado elemento de informação seja considerado “prova” de determinada alegação sobre fatos, do qual decorrem os efeitos jurídicos previstos em Lei.

A primeira contribuição que se pretende oferecer aqui ao debate é exatamente evidenciar a necessidade de maior aprofundamento nas reflexões sobre este tema, tendo como pano de fundo a prática da advocacia no âmbito do controle das concentrações empresariais<sup>4</sup> pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a qual *necessariamente* se dá de forma prospectiva e em condições de incerteza. Daí é que surge o mote para o título do trabalho: a contraposição entre o exame com base na conformação do mercado e de seus agentes pré-concentração, hipótese na qual a decisão é tomada quase que completamente de olho no retrovisor, *vis-à-vis* o exame com base em uma *possível* conformação *futura* do mercado e da provável resposta econômica de seus agentes, algo parecido com a atividade da clarividente através de sua bola de cristal.

Trata-se de tema multidisciplinar, mas não se pretende aqui contrabandear para a discussão jurídica questões inerentes à gnoseologia ou à epistemologia, de forma mais ampla, ou à filosofia da ciência, de forma mais restrita, mas sim tratar os elementos relevantes dessas questões conforme o Direito, buscando um entendimento adequado acerca do papel da “*construção da verdade*”, nas palavras de Taruffo<sup>5</sup>, na prática dentro desse microssistema jurídico específico.

A escolha do pano de fundo pareceu conveniente para a reflexão por duas particularidades: de um lado, a determinação legal de a autorização do CADE se dar em *caráter prévio* à consumação das concentrações empresariais, o que impõe aos administrados e, no que interessa para o presente trabalho, a seus advogados, um meticuloso exercício de avaliação de riscos e incertezas, com impactos concretos

---

<sup>4</sup> Um esclarecimento terminológico: optou-se pelo uso da expressão legal “concentrações econômicas” ou de seu equivalente “concentrações empresariais” para fazer referência àqueles negócios jurídicos que dependem de prévia autorização do CADE, nos termos do art. 90 da Lei nº 12.529/2011, selecionados pelo legislador como aqueles únicos capazes de produzir os efeitos do art. 88, §5 da mesma Lei. Nem toda concentração empresarial (*i.e.*, em última instância a reunião, ainda que parcial, de centros decisórios empresariais anteriormente independentes), contudo, implica concentração de mercado no sentido de soma de participações (frações) de mercado, hipótese somente verificável naqueles casos de negócios envolvendo concorrentes.

<sup>5</sup> TARUFFO, M. *O Juiz e a Construção da Verdade*.

profundos no desenho e negociação dos contratos pertinentes; de outro, o juízo ao mesmo tempo atual e prospectivo acerca da conformação da dinâmica concorrencial dos mercados eventualmente afetados por tais concentrações (ou seja, o exame de situação fática, ainda que vindoura), ele em si definido por se dar sob incerteza.

Além disso, embora com este trabalho se pretenda incentivar uma reflexão jurídica de caráter mais abstrato, de inegável relevância acadêmica e ainda pouco explorada, as reflexões aqui contidas também pretendem – em linha com o modelo de pesquisa adotado pelo Programa de Mestrado Profissional – ser profissionalmente úteis, pois parte-se das implicações práticas da discussão para aperfeiçoar a militância da advocacia na área e, com isso, talvez, chamar atenção para um tema cujo tratamento científico pode gerar uma melhora substantiva do funcionamento das instituições. Sem a adequada valoração dos elementos de prova, pondera-se, não se pode falar em legitimidade da intervenção estatal na liberdade empresarial.

Nesse tocante, a relevância prática da discussão para o Direito dos Negócios é evidente, mas, diante da pouca atenção da doutrina a respeito do tema – seja no âmbito administrativo, seja no âmbito processual, seja no âmbito da própria teoria jurídica –, faz-se necessário apontá-la. Falta corpo ao debate qualificado sobre a valoração probatória nas concentrações empresariais, e isto retira da *praxis* a capacidade de se questionar a própria correção dos juízos juridicamente relevantes quanto aos *factos* reputadamente *provados* durante um dado processo de análise de concentração empresarial. Em outros termos, partes e julgadores abrem mão – arrisca-se, até mesmo sem percebê-lo – de elemento básico da argumentação tradicional (*i.e.*, a identificação e correta avaliação da premissa menor do silogismo jurídico), tornando o debate, por vezes, superficial e incompatível com as diferentes camadas de *complexidade* que cercam a dinâmica da concorrência empresarial e a análise *prospectiva, prognóstica* intrínseca ao controle estatal das estruturas dos mercados.

Em outras palavras, como a prática é capaz de revelar, o paradigma de “convencimento motivado” do julgador – e *as regras e máximas de experiência* na avaliação do conjunto probatório – parece insuficiente, em cenários de *decisão sob incerteza*, como critério de racionalidade jurídica para orientar as decisões sobre a

aprovação ou reprovação de determinada concentração empresarial, na medida em que retira da argumentação a possibilidade de controle e crítica quanto à *verdade* das proposições sobre a ocorrência de determinado fato passado ou, mais complexo do que isto, sobre a *plausibilidade*, *verossimilhança* ou *probabilidade* de verificação de determinado evento futuro e incerto.

Em estudo sobre o tema no Direito brasileiro, esse problema foi exposto, fora do âmbito da análise das concentrações empresariais, da seguinte forma:

Ao que parece, a *praxis*, pelo menos a brasileira, orienta-se pela pura e simples renovação ou repetição do próprio juízo de fato, como forma de efetuar este controle: [...] o objeto do controle – a convicção judicial – num segundo momento – o do recurso – transforma-se no próprio mecanismo de controle, pois não se costuma, antes e por primeiro, ou mesmo concomitantemente, examinar e verificar o *iter* lógico, a congruência narrativa, a consistência lógico-argumentativa do juízo de fato como uma questão *in se*, ou seja, como uma questão autônoma e relevante.<sup>6</sup>

De forma mais específica, pesquisa ampla sobre o tema da prova pode identificar uma única tentativa de tratamento do tema da prova no âmbito mais geral do Direito da Concorrência, a qual ressalta a importância “do método analógico e da casuística” ao dar os primeiros passos na investigação respectiva. Sobre a pertinência do tema, cabe a transcrição<sup>7</sup>:

A discussão sobre prova (e isso vale não só no âmbito do direito da concorrência) envolve, basicamente, os seguintes quatro aspectos: (i) o que conta como prova e qual seu respectivo peso relativo; (ii) quem tem o ônus da prova; (iii) qual o *standard* de prova aplicável; e (iv) como se determina o ponto de parada do processo de instrução. Não há no Brasil, até onde eu posso ver, reflexão sistemática sobre qualquer destes aspectos no que se refere ao direito antitruste. [...] Essa lacuna é problemática, sobretudo por que a questão da prova permeia as atividades de aplicação do direito antitruste como um todo, e a sua não tematização apenas significa, nessas

---

<sup>6</sup> KNIJNIK, D. Os “*standards*” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle.

<sup>7</sup> SCHUARTZ, L. F. *Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo: A Autonomia do Direito Perante a Economia e a Política da Concorrência* in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, p. 96-127, dez. 2014, disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42123>>. Como se trata do primeiro – e até onde se viu, único registro de apontamentos sobre o tema – esse artigo, em conjunto a referência feita na nota anterior, serão os principais pontos de referência da discussão que ora se propõe.

circunstâncias, que determinadas decisões e posturas estão sendo tomadas e assumidas de forma implícita e não consciente.

Enfim, se diferentes análises empíricas revelam a existência de vetores distintos de concorrência em um dado mercado, quais critérios devem pautar o julgador na incorporação (ou não) de tal distinção, ou na sua valoração, em sua decisão sobre uma concentração empresarial nesse mercado? Há, no ordenamento jurídico ou na argumentação em bases racionais, um conjunto de condições necessárias e suficientes – *i.e.*, critérios epistemológicos – para que determinado elemento seja considerado *prova* de determinado fato na análise das concentrações empresariais? Quais os meios de prova relevantes para a análise das concentrações empresariais? A quem – Estado ou particular – incumbe produzir a prova dos fatos nesse contexto? É adequada a escolha legislativa de impor aos processos de análise de concentrações econômicas o conjunto de regras probatórias do Código de Processo Civil, diante do disposto no art. 115 da Lei n. 12.529/2011? São diversas questões, as quais o presente estudo busca, se não responder, ao menos contextualizar.

Para tanto, na etapa inicial do estudo examinar-se-á a moldura jurídica que estabelece os critérios de exame das concentrações empresariais no Brasil (Capítulo 2) para que, em seguida, possam ser discutidas, à luz desses próprios critérios, as “máximas de experiência” que parecem corresponder à chamada metodologia tradicional de análise de concentrações, como aquela exposta na revogada Portaria Conjunta n. 50/2001, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e, atualmente, no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, cujo objeto, como o próprio nome revela, é a própria a análise substantiva de concentrações horizontais (Capítulo 3).

Nesse esforço de investigação sobre o Guia de Análise, caberá também uma breve análise de Direito Comparado, a fim de examinar o histórico do Direito estadunidense sobre o tema, inclusive em função da decisão da respectiva Suprema Corte em 1963, no caso *United States v. Philadelphia National Bank*<sup>8</sup> e casos subsequentes, que deram forma à análise de concentrações econômicas naquele país e serviram de base para as demais legislações ao redor do mundo. Com o

---

<sup>8</sup> De número de referência 374 US 321 (1963).

mesmo objetivo, também cabe o exame da experiência da União Europeia a respeito, uma vez que as controvérsias judiciais já pacificadas pelo Tribunal de Justiça europeu e a literatura produzida acerca das respectivas decisões são especialmente informativas para a discussão, especialmente se consideradas as similitudes existentes entre as competências, poderes e atuação da Comissão Europeia e do CADE (Capítulo 4).

Em seguida, à luz do quadro desenhado nos capítulos anteriores, para fins da adequada contextualização da questão do ônus da prova, passar-se-á ao cotejo de dois elementos que parecem embasar conjuntamente a própria existência e, dessa maneira, o conteúdo, de tal metodologia tradicional de análise, quais sejam, de um lado, o que poderia ser chamado de uma *presunção estrutural*, que pressupõe existir uma relação de causa e efeito forte entre efeitos negativos à concorrência e patamares elevados de concentração de mercado, e, de outro, o que se convencionou chamar de *princípio da precaução*, emprestado do Direito Ambiental e que trata, em uma primeira aproximação, da tomada de decisões sob incerteza. A apresentação desses dois elementos é, possivelmente, a segunda e maior contribuição deste estudo para uma tentativa de debate informado sobre o ônus da prova nas análises de concentrações econômicas, pois há raríssimas discussões, na produção acadêmica brasileira, que tenham se ocupado disto<sup>9</sup>, apesar de sua notória relevância prática (Capítulo 5).

Esse panorama, revelado imprescindível pela pesquisa realizada, dará o contexto adequado para o tema no que diz respeito ao *meio de prova* para o exame de situação fática prospectiva (Capítulo 6).

Por fim, de todo o estudo feito buscar-se-á extrair algumas conclusões de cunho prático em termos de funcionamento adequado do sistema de controle de concentrações (Capítulo 7).

*Caveat emptor*: a análise crítica que ora se pretende delinear não busca nem se presta à defesa intransigente da liberdade de iniciativa empresarial como motor da

---

<sup>9</sup> SCHUARTZ, L. F. *op. cit.*, ANDRADE, J. M. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin (2014) e ANDRADE, J. M. *Argumentação Jurídica e Teoria das Provas no Direito da Concorrência* in COUTINHO, D. et. al. *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Gen (2015).

ordem econômica brasileira; pelo contrário, a apresentação da crítica faz-se necessária porque é necessário aprofundar o debate sobre os critérios mínimos de racionalidade – e, portanto, de plena manutenção do Estado Democrático de Direito – para a argumentação e tomada de decisão no âmbito da análise das concentrações empresariais.

Este debate permite que o próprio julgador mantenha a isonomia, coerência e a consistência nas suas decisões ao longo do tempo, a partir de critérios de racionalidade e padrões de argumentação bem definidos, e que a sociedade fiscalize a atuação deste julgador a partir de uma mesma métrica, em especial diante de um momento histórico-econômico no qual o julgador pode se ver também diante da tarefa de considerar elementos de políticas públicas acessórias ou incidentais à livre concorrência em suas decisões.

Não se pretende, de forma alguma, exaurir o debate nesta curta investigação, mas apresentá-lo e delinear alguns elementos de ponderação relevantes para a aplicação prática da Lei e para a atividade da advocacia. Com efeito, a própria temática da decisão sob incerteza, dentro do Direito, é relativamente nova e mereceria, por si só, não apenas um debate, mas todo um campo de estudos; este trabalho meramente serve para jogar uma luz inicial por esta trilha. Espera-se, em todo caso, que o resultado deste estudo possa contribuir, de forma útil, com o debate para o Direito e para a sociedade, em favorecimento do bem comum.

## 2 Critérios legais de exame das concentrações empresariais no Brasil

Antes de se debruçar sobre o objeto central deste estudo, é necessário colocá-lo em perspectiva, em termos práticos, contra o pano de fundo normativo em que a discussão se desenrola. Isto é essencial para destacar as especificidades do tema e reforçar a relevância do debate proposto.

### 2.1 O CADE como órgão julgante

De início, cabe apontar que o CADE é, nos termos da Lei, uma “entidade julgante”, sendo seu Tribunal Administrativo, mais especificamente, um “órgão julgante” (artigos 4º e 6º da Lei n. 12.529/2011, que encontravam correspondência no art. 3º da Lei n. 8.884/1994). Tal qualificação legal, é de se supor, impõe especificamente ao Tribunal Administrativo da autarquia um determinado padrão de julgamento (*i.e.*, de decisão jurídica) se não idêntico, equiparável ao Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições “judicantes”.

As implicações dessa equiparação legal são múltiplas<sup>10</sup>, mas importa para fins deste estudo realçar uma delas: diante dela, o Tribunal do CADE não pode atuar, em exercício “judicante”, como mero agente administrativo a decidir segundo juízos de conveniência e oportunidade ou de estrita vinculação, obedecendo aos ditames do art. 2º da Lei n. 9.784/1999, mas pautar-se também por certas orientações que conformam a própria prestação jurisdicional, em especial a (tentativa de) neutralidade (imparcialidade) do magistrado e, em decorrência disto, o princípio do “convencimento motivado” e os demais *deveres argumentativos materiais e formais* impostos aos julgadores na fundamentação das decisões e proposições juridicamente relevantes, das quais importam, para este estudo, aquelas que versam sobre a prova e sua valoração. Enfim, se julgante, deve orientar-se, no que cabível, pelas mesmas regras que pautam a prestação jurisdicional, atraindo, por exemplo, a incidência não só do art. 371 do Código de Processo Civil vigente (correspondente

---

<sup>10</sup> Por exemplo, o fato de a atuação julgante do CADE reclamar a atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição e, conseqüentemente, à inafastabilidade do reexame do próprio mérito das decisões da Autarquia, o que hoje ainda é alvo de discussão, pois certas decisões judiciais põem o CADE mais como administrador público do que como efetivamente aplicador da Lei, o que é no mínimo um estado curioso.



ao art. 131 do diploma revogado), mas de todos os outros dispositivos relacionados à atuação dos julgadores, principalmente do art. 375.<sup>11</sup>

Nessa linha, o próprio CADE já reconheceu, mesmo que timidamente e sob a égide da Lei n. 8.884/1994, que

[...] conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 8.884/1994, o CADE é órgão julgante com o fito de prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica. Valendo-se da analogia, e guardadas as devidas proporções, podemos aplicar aos Conselheiros do CADE as mesmas regras conferidas aos juízes no Poder Judiciário no que tange à formação do livre convencimento, nos termos do art. 131 do CPC. Assim, bem como se dá no processo judicial, o Conselheiro é o destinatário da prova, devendo conduzir o processo da maneira que melhor lhe prover a fim de auferir a verdade real das alegações dos Requerentes, não podendo quedar-se inerte em face de simples afirmações das partes.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Curioso é que a obviedade da constatação é tamanha e tem implicações vastas e sensíveis. Não obstante, não tem o respaldo (ainda que transversal) de alguns Tribunais. Por exemplo, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, já se decidiu que “[...] 5. O art. 7º, II, da Lei n. 8.884/1994 confere ao Plenário do CADE competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e para aplicar as respectivas penalidades. Portanto, a aferição dos potenciais efeitos do ato é atribuição legal daquele Conselho. A pretensão da apelante de rediscutir a questão em sede judicial não pode prosperar, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE, em violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Pode-se, em juízo, discutir a legalidade do procedimento administrativo, isto é, sua conformidade com a legislação pertinente. Mas não há espaço, nesta seara, para rediscutir o mérito da decisão da Autarquia, o que implicaria na desconsideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste.” (AC 0025319-53.2001.4.01.3400 / DF, Rel. Selene Maria De Almeida, Rel. Conv. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, Quinta Turma, e-DJF1 p.101 de 30/07/2010). Na mesma toada, há quem pregue de forma mais ou menos velada a necessidade de o CADE pautar-se como um agente de determinação e implementação de políticas públicas, como se mero órgão do executivo fosse, em contrariedade expressa ao disposto em Lei. Curioso também é que trabalhos que tratam especificamente do tema dos processos administrativos no CADE passam ao largo das estrondosas repercussões argumentativas e de racionalidade jurídica que a qualificação do órgão como julgante traz para a tomada da decisão jurídica pelo CADE (cf., por exemplo, LIMA, T. N. *O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06072011-094418/>; e GILBERTO, A. M. *O processo antitruste sancionador*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/>.

<sup>12</sup> Cf. voto unânime do Cons. Roberto Pfeiffer nos autos do Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77, de 15.12.2004.

Até mesmo as críticas já feitas ao exercício da função judicante do CADE<sup>13</sup> admitem esse caráter quanto ao “método” decisório da Autarquia:

A leitura mais plausível da expressão “órgão judicante” é a que a vincula a um certo *método de trabalho*. Nesse sentido, judica quem se submete à condição subjetiva de *juiz* — atuando com independência, imparcialidade e impessoalidade — e profere decisões (julga) *por meio de processos* — isto é, segundo um modelo, construído pelo Direito, inspirado na ideia de contraditório, de participação. Assim, ao ser o CADE um órgão judicante significa que o exercício de suas competências é condicionado por *princípios e regras processuais*, de origem tanto constitucional como legal. [Notas omitidas, grifos do original mantidos]

De outro lado, a Superintendência-Geral do CADE não recebe a mesma qualificação legal, embora tenha poderes instrutórios amplíssimos para o exame das concentrações econômicas (art. 13, VI, da Lei n. 12.529/2011) e, na prática, efetivamente profira decisão final em mais de 90% dos casos apresentados ao CADE<sup>14</sup>.

Nesse contexto, a ausência de qualificação formal da Superintendência-Geral como órgão judicante impor-lhe-ia, em tese, menores constrangimentos para a fundamentação de suas decisões pelo menos em comparação às decisões do Tribunal, embora o aspecto material da atividade desse órgão requeira que tal interpretação seja sempre tomada com um grão de sal. Com efeito, a Superintendência-Geral do CADE tem protagonismo tão acentuado no processo de análise das concentrações empresariais que parece inconsistente – no sentido da busca por uma racionalidade – esperar de um órgão que exerce atividade de julgamento em parcela majoritária dos casos apreciados um padrão argumentativo menos rigoroso do que aquele exigido pelo Tribunal.

Este tema merece tratamento mais aprofundado da doutrina especializada – tanto na perspectiva processual quanto nos reflexos administrativos da “judicialização” da

---

<sup>13</sup> A principal – e talvez única nesses termos, é aquela de SUNDFELD, C. A. *A função administrativa no controle dos atos de concentração in Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12724>.

<sup>14</sup> Cf. dados apresentados pelo CADE por meio da ferramenta “CADE em Números”, disponível em <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>.

atividade administrativa –, mas, por ora, serve como primeiro parâmetro de orientação, a pelo menos indicar fortemente que se aplica à atividade do CADE no âmbito do controle de concentrações empresariais o mesmo tipo de “método de trabalho” do Poder Judiciário, em especial quanto à fundamentação das decisões.

Ainda que assim não fosse, e se quisesse esposar o entendimento clássico sobre vinculação e discricionariedade quanto à fundamentação dos atos administrativos por parte do CADE, também este exige da Administração Pública o dever de motivação, motivação esta que deve obedecer também a critérios de racionalidade jurídica e argumentação compatíveis com a limitação administrativa de direitos que a sua atuação pode importar perante os particulares.

Em um certo sentido, poder-se-ia até mesmo admitir que o princípio da estrita legalidade – e a ausência de um litígio de interesses contrapostos – imporia até mesmo maior cautela na apreciação do conjunto factual e, conseqüentemente, um maior rigor argumentativo, do que na relação processual tradicional, em que autor e réu tentam convencer o Estado-Juiz da validade de sua argumentação sobre os fatos. A razão não é outra senão a falta da relação de adversariedade entre as partes do “processo” no CADE.

Passa-se, assim, a examinar os critérios legais que vinculam a atuação do CADE no exame das concentrações empresariais.

## **2.2 Os critérios legais e o problema da incerteza**

O art. 88 da Lei n. 12.529/2011 estabelece que certos atos jurídicos – identificados no art. 90 do mesmo diploma como “atos de concentração” – dependem da prévia autorização do CADE para sua consumação, se realizados por grupos econômicos de determinado porte. Particularmente, tal dispositivo lista os requisitos necessários para que tal autorização estatal seja concedida, fazendo-o de forma *negativa*:

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente

necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

A exegese do texto legal, portanto, mostra que o julgador deve proibir a consumação de um dado “ato de concentração” se, e somente se, (a) este (i) implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, (ii) *possa criar ou reforçar* uma posição dominante, ou (iii) *possa resultar* na dominação de mercado relevante, e (b) desde que este “ato de concentração” (i) *não* observe os limites estritamente necessários para aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e (ii) *não* repasse aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

A (má) redação dos artigos em questão não esconde a existência de dois conjuntos de critérios (testes), distintos mas relacionados, para concessão da autorização, sendo o segundo de aplicação apenas subsidiária: um ato de concentração, para ser autorizado, primeiro deve ser incapaz, de forma genérica, de prejudicar a livre concorrência (as hipóteses do art. 88, § 5º). Não se verificando este primeiro critério (*i.e.*, havendo *potencial* prejuízo à livre concorrência associado àquela concentração), aplica-se então o segundo critério, relacionado, também de forma mais genérica, à criação e repartição de ganhos de “eficiência” econômica (*i.e.*, as hipóteses do art. 88, § 6º).

Ou seja, a Lei brasileira permite que o CADE autorize um ato de concentração que potencialmente “prejudique a concorrência” desde que este propicie *outras formas* do que se pode genericamente chamar de “ganhos” e que estes “ganhos” sejam repartidos com os consumidores.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> A discussão sobre este tema da eficiência econômica e do bem-estar do consumidor como justificativa e, ao mesmo tempo, finalidade do Direito da Concorrência foi e tem sido objeto de inúmeros debates, qualificados e sistemáticos, no Brasil e no exterior. Naturalmente, foge do escopo colocado para este ensaio detalhar a questão, mas é essencial realçar tratar-se este de debate central com implicações várias sobre a temática da prova, como se pretende evidenciar posteriormente. A respeito, cf. FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*. Singular: São Paulo, 2003; cf. também,

Não se tem conhecimento, na literatura especializada ou nas próprias decisões do CADE, de um esforço de definição das fronteiras entre as hipóteses de proibição de concentrações empresariais na Lei brasileira. Com efeito, “eliminação da concorrência em parcela substancial do mercado relevante”, pelo texto legal, parece hipótese de proibição distinta da hipótese de *potencialidade* de criação ou reforço de posição dominante, uma segunda hipótese, ou da *potencialidade* de dominação de mercado, uma terceira hipótese.

Na prática, o que se observa, é uma despreocupação doutrinária e prática neste sentido, sendo todas as hipóteses tratadas em conjunto como um amálgama que proíbe pura e simplesmente a “restrição da concorrência”, o que se revela – por exemplo – pelo Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal editado pelo CADE em 2016, que não dedica sequer uma linha a identificar distinção entre tais hipóteses; a Portaria Conjunta n. 50/2001, a propósito, também no passado equiparava as hipóteses do art. 54 referentes à potencial limitação da livre concorrência e de dominação de mercados.

Com efeito, o texto de apresentação desse Guia mais recente simplifica a norma e a interpreta de forma única, nos seguintes termos, imputando ao CADE o dever de verificação de uma condição de aprovação, em desvio da norma expressamente prevista no art. 88. Veja-se:

**Cumpra ao Cade verificar se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo.** [Grifado; grifos do original omitidos]

Se é verdade que o texto legal não tem palavras inúteis, essa simplificação na aplicação da Lei tem efeitos perversos que em muito extrapolam o escopo deste trabalho, embora tenham sobre este impacto fundamental, de modo que tais efeitos merecem maior investigação posterior. Isto é evidente: os critérios de análise e decisão de cada uma dessas três diferentes hipóteses podem ser (ou deveriam ser)

diferentes entre si e, dessa forma, talvez possam demandar análises de elementos probatórios distintos.<sup>16</sup>

Veja-se, por exemplo, que extensas discussões sobre o escopo das diferentes hipóteses de proibição resultaram na reforma da legislação do controle de concentrações empresariais da União Europeia, em 2004, com a mudança do critério substantivo de análise do mérito. Passou-se, à época, de um teste voltado apenas à “criação ou reforço de posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste”, para a atual redação do dispositivo, que visa a proibir (“declarar incompatível com o mercado comum” europeu) as concentrações que “entrem significativamente uma concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante”.

Há consenso de que a legislação lá em vigor atualmente é mais ampla do que a anterior<sup>17</sup>, o que permite à Comissão Europeia proibir, hoje, concentrações que antes não podia. Parece faltar, da doutrina especializada, preocupação com este tema por aqui.

De toda forma, não obstante as *potenciais diferenças* no mérito da avaliação das hipóteses de proibição das concentrações empresariais consoante o art. 88 da Lei n. 12.529/2011, é possível aproximá-las pelo menos quanto à estrutura do raciocínio

---

<sup>16</sup> Esse tipo de crítica parece, guardadas as diferenças dos sistemas jurídicos e aplicações, ter eco também nos Estados Unidos: “*Confusion exists over the theoretical bases of antitrust law, confusion which stems directly from the fact that no one can tell from the plain language of the predominant antitrust statutes what interests they are designed to protect. Section one of the Sherman Act forbids 'restraint of trade'; section two makes it unlawful to 'monopolize' or 'attempt to monopolize;' the Federal Trade Commission Act forbids 'unfair methods of competition;' and the Clayton Act condemns tying arrangements, exclusive dealing contracts, and mergers that may 'substantially lessen competition or tend to create a monopoly.'* None of these phrases has any fixed meaning. Indeed, it is questionable whether a more ambiguous antitrust statute could be devised.” KRATTENMAKER, T.G., LANDE, R. H. E SALOP, S. *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law*. Disponível em <https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law> (grifos e notas omitidos).

<sup>17</sup> Vide, por exemplo, MONTI, G. *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law?* (LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2008), disponível em [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm).

jurídico a elas aplicável, diante da natureza prospectiva do exame que se coloca para a autoridade concorrencial.

Primeiro é preciso identificar um conjunto de fatos para que a autoridade entenda a configuração e o funcionamento do mercado afetado no momento da notícia da pretensão de realização do negócio jurídico; em seguida, é preciso traçar cenários, futuros, com as possíveis configurações e funcionamento do mercado afetado após a realização do negócio jurídico e também no caso de sua não realização; avaliar, então, qual de todos esses diferentes cenários seria aquele mais *plausível*, *provável* ou *verossímil* (o uso dos três adjetivos aqui é necessário por expressarem, cada um à sua forma, a especial relevância do próprio tema objeto deste estudo); por fim, é necessário liquidar a diferença entre os dois cenários (o da concorrência atual e aquele, mais plausível, provável ou verossímil), a fim de verificar os efeitos do negócio jurídico sobre a concorrência (*i.e.*, a caracterização, ou não, das três hipóteses de proibição do § 5º do citado art. 88), ponderando-se, ao final – e neste ponto o Guia volta a alinhar-se à norma – a avaliação de potenciais “ganhos” ao “consumidor” (§ 6º do art. 88).

Aqui surge a principal complexidade associada ao exame das concentrações empresariais no que diz respeito à produção, valoração e ônus probatório: a análise sobre a “eliminação da concorrência em parcela substancial de mercado relevante”, sobre a potencial “criação ou reforço de posição dominante”, ou sobre a potencial “dominação de mercado relevante”.

Esta complexidade diz respeito à essência da análise de *questão fática*, que envolve não *apenas* a verificação do estado do mundo *no passado* ou *no momento* em que as partes dão notícia à autoridade de que pretendem realizar o negócio<sup>18</sup>, mas também, em maior ou menor grau, uma avaliação de prognósticos sobre a conformação do mercado (em termos de reação de clientes, fornecedores e demais concorrentes) em um cenário de hipotética consumação do negócio jurídico, ou até

---

<sup>18</sup> Negócio jurídico este que somente vai ocorrer na prática após a decisão da autoridade, de acordo com a sistemática da Lei nº 12.529/2011; trata-se de situação diferente daquela vigente sob a Lei nº 8.884/1994, na qual por vezes o CADE tinha o benefício do “experimento natural” prontamente à sua disposição, permitindo a comparação da situação de concorrência antes de determinado negócio e após a sua consumação, inclusive em função da exagerada duração de alguns processos em certas circunstâncias.

mesmo em um cenário hipotético alternativo (por exemplo, com o fechamento ou saída de uma das empresas envolvidas do mercado).<sup>19</sup>

A análise de *questão fática* sobre a concorrência empresarial, na qual a regra é a interdependência entre as decisões e estratégias dos agentes (concorrentes, clientes, fornecedores, empregados etc.) e o manejo das expectativas e estratégias futuras destes<sup>20</sup>, demanda do julgador ir além da mera comparação de situações estáticas pretéritas ou atuais, artificialmente congeladas no tempo. Por exemplo, um exame dos efeitos de uma “fusão” entre concorrentes que ignore as potenciais respostas futuras dos demais agentes remanescentes<sup>21</sup> revelará apenas uma parte da realidade e ignorará outra, tão importante quanto a primeira.

Como muito bem sintetizado na literatura estrangeira sobre o tema:

*Merger control is a predictive exercise. Because it is conducted before a concentration has been implemented, there will rarely be direct evidence of the competitive effect of that concentration. Accordingly, the investigating agency [...] must determine whether a concentration is likely to significantly impede effective competition based on an objective review of a vast array of quantitative and qualitative evidence relating to the current and probable future state of competition in the market. The need for clear, robust and persuasive evidence is therefore at the heart of effective merger control.*<sup>22</sup>

Trata-se pois de questão factual por definição *incerta* e, portanto, que escapa de uma avaliação probatória *tradicional*. Não se pode produzir prova – no sentido específico, juridicamente relevante – sobre o que ainda não aconteceu; um cenário distópico desse tipo implicaria basicamente demandar que a autoridade de defesa

---

<sup>19</sup> A esse respeito, atente-se para a própria regulamentação editada pelo CADE (Resolução nº 2/2012, Anexo I, item XI.1, sob o título de “Contrafactual”), a requisitar que as empresas descrevam “a *provável configuração futura* do(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) [acima], em termos concorrenciais, *caso a presente operação não ocorresse por algum motivo*” (grifado).

<sup>20</sup> Confira-se a discussão sobre entrada e rivalidade a seguir.

<sup>21</sup> Os outros concorrentes manterão suas estratégias ou adotarão posturas mais – ou menos – agressivas de diante da empresa resultante da fusão? o padrão de compras dos clientes responderá à fusão?

<sup>22</sup> LEVY, N. *Evidentiary Issues in EU Merger Control* in HAWK, B. *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law* (2008).



da concorrência se valesse de recursos da ficção científica, ao melhor estilo *Minority Report*. Sobre o tema da incerteza, registre-se<sup>23</sup>:

Para além da complexidade relativa aos processos decisórios dos agentes económicos (a qual diz respeito às dificuldades associadas com a coleta e o processamento das informações), a incerteza tem a ver com a inexistência dessas informações no instante da tomada de decisão, na medida em que decisões dos demais agentes (incluindo consumidores e governo) podem interferir de modo irreversível e não antecipável sobre o próprio ambiente económico que condiciona os seus resultados. [Notas e grifos do original omitidos].

Nesse contexto, responder à questão *de fato* sobre um potencial reforço de posição dominante ou sobre a eliminação da concorrência em parcela substancial do mercado em um caso concreto é tarefa complexa, eminentemente incerta, cujos atalhos tradicionais da prática jurídica, como olhar apenas para o passado (“o juiz como historiador”), dificilmente produzirão bons resultados.

Em célebre caso decidido contra a Comissão Europeia<sup>24</sup>, o Tribunal de Justiça europeu colocou assim a questão, confirmando a decisão de primeira instância contra a autoridade concorrencial quanto ao tema da avaliação e padrão probatório:

**42. Uma análise prospectiva**, como as que são necessárias em matéria de fiscalização das concentrações, **necessita de ser efectuada com grande atenção**, uma vez que não se trata de analisar acontecimentos do passado, a respeito dos quais se dispõe frequentemente de numerosos elementos que permitem compreender as suas causas, nem mesmo acontecimentos presentes, **mas sim prever os acontecimentos que se produzirão no futuro, segundo uma probabilidade mais ou menos forte, se não for adoptada nenhuma decisão que proíba ou que precise as condições da concentração prevista.**

<sup>23</sup> Cf., a respeito, SCHUARTZ, L. F. *O Direito da Concorrência e seus Fundamentos: Racionalidade e Legitimidade na aplicação da Lei nº 8.884/1994* in POSSAS, M. L. (org.) *Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular (2002), p. 33, especificamente pp. 57 e ss.

<sup>24</sup> Caso C-12/03 P, decidido em fevereiro de 2015, tradução para o português disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=49926&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=49512>. Sobre a repercussão, veja-se, por exemplo, as análises de REEVES, T. e DODOO, N. *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law* in *Fordham International Law Journal*, v. 29, 5 (2005), VESTERDORF, B. *Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts* in *European Competition Journal* (Mar. 2005) e BAILEY, D. *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective* in *Common Market Law Review*, v. 40, 845 (2003). Dada a relevância deste caso e outros assemelhados para esta análise, voltar-se-á a eles no capítulo específico.

43. Assim, a análise prospectiva consiste em examinar de que modo uma operação de concentração pode alterar os factores que determinam a situação da concorrência num dado mercado, para verificar se daí resulta um entrave significativo a uma concorrência efectiva. Essa análise exige que se imaginem os vários encadeamentos de causa e efeito, a fim de ter em conta aqueles cuja probabilidade é maior. [Grifado]

Essa complexidade no exame da questão fáctica subjacente à análise das concentrações empresariais é especificamente relevante para a argumentação jurídica, pois, ainda que se trate de questão fáctica, o juízo “juridicamente relevante” sobre ela, em um estado de incerteza não só iminente, como de *plena incerteza*, não pode – no Estado Democrático de Direito – estar fora do controle ou da crítica jurídica.

Formular o problema desta forma revela a impertinência das críticas a uma supostamente nociva “economicização” da “ciência” do Direito (em especial do Direito da Concorrência) e à demanda de que os operadores do Direito neste campo sejam capazes de transitar e dialogar com economistas, estatísticos, administradores, engenheiros e outros profissionais cujas técnicas estão pelo menos mais próximas das ciências naturais do que do próprio Direito.

A Lei n. 12.529/2011, seguindo o exemplo de suas antecessoras<sup>25</sup>, permite que os Conselheiros, membros da autarquia “judicante”, sejam cidadãos com notório saber “jurídico ou econômico”. Considerando a argumentação jurídica tradicional (*i.e.*, fato, norma, consequência jurídica), trata-se apenas de respeito à matéria factual regulada pela norma, que é a própria realidade econômica empresarial e que deve ser avaliada de acordo com o instrumental adequado.<sup>26</sup>

Não obstante, rememore-se que a função *contemporânea* da prova é entendida como aquela voltada precipuamente a sustentar a argumentação racional acerca

---

<sup>25</sup> A Lei nº 12.529/2011, afinal, permite que os Conselheiros, membros da autarquia “judicante”, sejam cidadãos com notório saber “jurídico ou econômico”, seguindo o exemplo de suas antecessoras (Leis nº 8.884/1994 e nº 4.137/1962).

<sup>26</sup> Para SCHUARTZ, L. *op. cit.*, o padrão argumentativo econômico no mérito dos casos concorrenciais “está fundado, por assim dizer, na natureza do próprio objeto”, não podendo o operador, contudo, ver no Direito Concorrencial “mera oportunidade para aplicar, tecnocraticamente, teses selecionadas de manuais de microeconomia clássica” ou querer praticar “bacharelismo” como “uma nova oportunidade para reproduzir um antiquado e nada produtivo padrão retórico”. Cf., também a respeito, as críticas em ANDRADE, J. M. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin (2014).

dos fatos sob exame no litígio, considerada a impossibilidade – cognitiva, até – de se identificar a *verdade*. Repetindo as palavras do Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>, ainda que sobre matéria penal, cabe apontar que

a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função **persuasiva**, de permitir, através do debate, **a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos**, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. [...] Essa função persuasiva da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir. [Grifado, notas e grifos do original omitidos]

É útil para o debate destacar que já houve esforços interessantes, embora isolados, da doutrina para desenvolver uma aproximação ao tema afastada da dogmática tradicional no intuito de, em suma, dar conta do mesmo problema delineado neste estudo, que se reforça pela necessidade de um *exercício intrínseco de prognoses* associado à avaliação de *fatos* no âmbito do Direito Concorrencial.

Esse esforço defende, por assim dizer, a predominância de um raciocínio jurídico classificado como “*top down*” no âmbito da aplicação deste ramo do Direito que, ao consagrar na prática uma teoria de fundo de consistência e funcionamento relativamente autônomos das normas que lhe originaram, coloca o debate proposto nesta dissertação no cerne da própria aplicação dessa teoria, e não mais no campo da verificação dos *fatos*, antecedente logicamente necessário à aplicação da norma abstrata sobre estes, pelo menos no raciocínio jurídico subsuntivo tido como tradicional. Confira-se, exemplificativamente:

[...] as estratégias *top-down* de solução de problemas jurídicos usualmente carregariam consigo elementos de resistência ou indiferença com relação a tais autoridades e modos normativamente reconhecidos de criação do direito. Isto pode manifestar-se de formas tão diferentes entre si como a consideração somente de pequenos conjuntos de textos legais ou julgados para fins de aquisição das premissas normativas a serem utilizadas nas decisões dos casos concretos (desconsiderando-se o conjunto complementar), ou a decretação de que o direito deve ser aplicado de maneira a maximizar alguma função-objetivo. Em ambas, a adoção da estratégia *top-down* faz-se tacitamente acompanhar da negação

---

<sup>27</sup> Cf. voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 470.

mais ou menos radical de estratégias alternativas (de aquisição de normas gerais para a decisão dos casos concretos) predominantemente orientadas nos textos em que estaria expressa a “vontade” das autoridades competentes ou formalmente legitimadas.<sup>28</sup> [Grifos e notas do original omitidos].

A identificação de um raciocínio jurídico particular, desenvolvido pela aplicação continuada do Direito da Concorrência de certa forma à parte do debate judiciário, contudo, não afasta a premência de uma análise sobre a prática do CADE quanto à argumentação sobre fatos no campo da avaliação das concentrações empresariais, seja pelas razões já expostas acima, seja para que, posteriormente, haja fundamentos para se ponderar se a consolidação, neste ramo do Direito, de um tipo de raciocínio *sui generis* é juridicamente admissível e as consequentes implicações.<sup>29</sup>

Volta-se, então, ao cerne do que se pretende delimitar neste estudo, pelo menos no âmbito teórico: neste cenário de incerteza, qual o conjunto mínimo de *fatos* a serem provados como condição necessária e *suficiente* para que um ato de concentração “implique eliminação da concorrência em parcela substancial do mercado relevante” ou a *potencialidade* de criação ou reforço de posição dominante ou, ainda, a *potencialidade* de dominação de mercado. Feita esta delimitação, caberá discutir posteriormente os controles argumentativo-jurídicos existentes para regular a “construção” probatória, já que os “fatos” sob exame provavelmente conterão, em decorrência do discutido acima, alguns, se não múltiplos, *juízos prospectivos* sobre o estado do mundo após a realização do negócio.

---

<sup>28</sup> SCHUARTZ, Luis F. *A Desconstitucionalização do Direito da Concorrência* in SOUZA NETO, SARMENTO e BINENBOJM (eds.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Lumen Juris (2008), p. 761.

<sup>29</sup> Nessa linha, destaque-se que em recente decisão (*Kimble et al. v. Marvel Entertainment, LLC*, p. 14, disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-720\\_jiel.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-720_jiel.pdf)), a Suprema Corte norte-americana proferiu decisão nos seguintes termos, realçando, de uma certa forma, o problema posto pelo direito concorrencial: “... **Congress, we have explained, intended that law’s reference to “restraint of trade” to have “changing content,” and authorized courts to oversee the term’s “dynamic potential.”** ... We have therefore felt relatively free to revise our legal analysis as economic understanding evolves and (just as *Kimble* notes) to reverse antitrust precedents that misperceived a practice’s competitive consequences. ... Moreover, because the question in those cases was whether the challenged activity restrained trade, the Court’s rulings necessarily turned on its understanding of economics. ... **Accordingly, to overturn the decisions in light of sounder economic reasoning was to take them “on [their] own terms.”** (grifado)

Neste ponto, outra característica da legislação de defesa da concorrência e da tradição jurídica brasileira merece reflexão. Entende-se tradicionalmente que a atividade da Administração Pública não pode se ocupar apenas com a dita verdade formal, mas sim com a chamada verdade real ou material, para evidenciar que o conteúdo fático (econômico) dos atos é relevante para a aplicação da lei<sup>30</sup>, ao invés apenas de seu conteúdo formal, em especial se considerada a atuação do CADE como “órgão julgante”.

Nessa linha, o chamado princípio da verdade material ou real é adotado de forma a orientar a atividade da Administração Pública para que seus atos se “ajustem aos fatos verdadeiros”<sup>31</sup>, não apenas como apresentados pelos sujeitos. Não obstante, por força de Lei aplica-se o Código de Processo Civil subsidiariamente aos processos administrativos no âmbito do CADE, mesmo não havendo a princípio relação processual de contraposição de interesses entre partes distintas no exame dos atos de concentração, e em face dos amplos poderes instrutórios outorgados à Superintendência-Geral e ao Tribunal do CADE.

Revela-se pois uma situação, na falta de adjetivo melhor, esquizofrênica: as empresas dependem da autorização do CADE para consumir dado negócio jurídico de concentração empresarial, autorização esta que somente pode ser dada se não houver o que se pode chamar genericamente de “prejuízo à concorrência” ou, caso haja “prejuízo”, se houver “ganhos de eficiência econômica” de determinadas características, ou, ainda, mediante adoção de restrições que ponham fim aos efeitos nocivos do negócio sobre a concorrência; pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a quem alega algo incumbe o ônus de provar; simultaneamente, contudo, o CADE (seja via Tribunal, seja via Superintendência) tem o dever de, como investigador e julgador, empreender uma investigação que leve à “verdade material” dos fatos.

Não se sabe o que é mais surpreendente: que essa barafunda ainda não tenha sido apontada nos debates acadêmicos ou práticos, ou que as empresas, o CADE, e

---

<sup>30</sup> Em especial em virtude da atividade sancionadora do CADE; não é fácil encontrar, contudo, referência a tal princípio em decisões ou pareceres do órgão que tratem de concentrações empresariais.

<sup>31</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

seus assessores consigam desempenhar seu papel de forma satisfatória, especialmente nos casos complexos, sem que haja questionamento judicial a respeito.

Na prática, o resultado desse estado esquizofrênico é um absoluto desprezo – doutrinário e prático – sobre os aspectos do ônus da prova, levando as empresas – que, por razões óbvias decorrentes de suas atividades cotidianas, dispõem de um conjunto muito maior e preciso de informações sobre suas próprias atividades do que a Administração Pública, de um modo geral, e o CADE, de um modo específico – a apresentarem as informações regulamentares em uma postura às vezes defensiva, às vezes descompromissada<sup>32</sup>, ao passo que o CADE as avalia sem se preocupar, pelo menos, de forma consciente ou declarada com o “ponto de parada” de sua investigação sobre a “verdade”, mesmo que tenha contra si um prazo legal exíguo. A sofisticação do debate jurídico sobre o tema da prova ora proposto seria benéfica para a sociedade ao propor balizas bem definidas e localizadas no processo de forma a racionalizar a argumentação e a apresentação de dados e informações, com decisões conscientes e explícitas sobre estes elementos.

Evidentemente que impor ao CADE o dever de busca de uma “verdade material” em um cenário no qual as prognoses têm papel central não só é *utópico* como *improdutivo*: certeza absoluta, como na demonstração matemática, jamais haverá sobre o passado<sup>33</sup>, que dirá então sobre uma potencial conformação do estado do mundo no futuro, e, ainda que esta fosse atingível, a investigação até a certeza absoluta ou implicaria custos altíssimos ou tornaria a questão “indecidível”.

Recente pesquisa expõe esta questão de maneira precisa:

É preciso, portanto, que se saiba o que é essa verdade que se busca no processo e, principalmente, que grau de verdade é possível alcançar. Há limites tanto em relação àquilo que se pode esperar descobrir quanto no tocante ao que efetivamente se descobre, limites estes que decorrem, em primeiro lugar, da distinção fundamental entre o trabalho do juiz e de qualquer cientista em busca da verdade.

---

<sup>32</sup> Mais de 90% dos casos afinal são integralmente autorizados sem maiores discussões.

<sup>33</sup> A respeito deste ponto, a literatura da filosofia e, mais especificamente, da epistemologia, são relevantíssimos e certamente devem servir de anteparo para as investigações relacionadas ao tema. Cf., por exemplo, HAACK. S. *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the law*. Cambridge, 2014, especialmente pp. 294 e ss.

Enquanto o cientista orienta-se exclusivamente pela busca da verdade para realizar seu trabalho e pode simples e honestamente declarar que não a encontrou, o juiz tem que finalizar o processo de conhecimento e decidir com os elementos que obtiver, seja qual for a qualidade desses elementos para expressar a verdade e ainda que deles nada se possa concluir acerca de algum fato relevante. Deixar de condenar alguém, civil ou penalmente, por falta de prova, é considerar que o fato que poderia levar à condenação não ocorreu, o que, muitas vezes, pode não corresponder à verdade.<sup>34</sup>

Por mais importante que a verdade material seja ao processo de análise das concentrações econômicas do que a mera verdade formal<sup>35</sup>, até como decorrência dos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, na prática há (ou deve haver) um “ponto de parada” das investigações, seja sobre os potenciais prejuízos à concorrência, seja sobre as eficiências decorrentes da concentração específica, a partir do qual tem-se o caso em condições de ser decidido, ainda que não se saiba exatamente qual é este hoje.

A identificação – e explicitação – prévia do ônus probatório, pelo menos em tese, constrangeria a argumentação, por meio de um exercício crítico de valoração das provas, e viabilizaria a existência de um efetivo contraditório *no mérito* do juízo (juridicamente relevante) sobre os  *fatos*, uma vez que o “convencimento motivado” é regra de decisão muito ampla e que propicia arbitrariedades<sup>36</sup> – o que se acentua no âmbito do CADE, cujas decisões no âmbito do controle de concentrações dificilmente são colocadas para revisão pelo Poder Judiciário.

---

<sup>34</sup> cf. NEIVA, C. M. A. *A formação do Juízo sobre Fatos na Decisão Judicial*. Dissertação (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-161906>.

<sup>35</sup> Trata-se de ponto de investigação relevante e que merece atenção posterior de pesquisa.

<sup>36</sup> Cf. KNIJNIK, D. *op. cit.* “Nesse contexto, o diálogo proporcionado pelo princípio do contraditório, passa a operar como um instrumento fundamental, superando a dimensão meramente formal que, por largo tempo, prevaleceu. As inferências estabelecidas pelo juiz devem, então, ser testadas e verificadas por modelos e *standards* que permitam submetê-las, no âmbito do contraditório, a um juízo crítico comum, garantindo a cientificidade da decisão jurídica. Dito de outra forma, o emprego dos modelos de constatação ou *standards* permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício a outro, o entender ‘subjektivamente’ insuficiente a prova produzida, o pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma discussão crítica.”

De toda forma, nessa ausência, observa-se que o já citado Guia acaba se traduzindo na prática como a cristalização das “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica” que o CADE, como órgão julgante, aplica tanto na apreciação da prova constante dos autos e, como na indicação das razões da formação de seu convencimento na decisão que vier a adotar como juízo prognóstico. Nas palavras de Schuartz:

As decisões terminativas do CADE em Atos de Concentração são decisões *sob condições de incerteza* que, idealmente, deveriam autorizar a realização de atos notificados se e só se os ganhos sociais líquidos esperados a eles associados não são inferiores aos ganhos sociais líquidos esperados associados à decisão de não autorizar a sua realização (ou de autorizá-la mediante a imposição de restrições). Obviamente, as limitações cognitivas e especialmente informacionais a que se sujeitam as atividades do julgador impedem a transformação desse critério ideal numa regra de decisão, recomendando em vez disso a adoção de algoritmos compostos de regras simples de parada (e.g., as regras que compõem os guias de análise de atos de concentração usados na maioria das jurisdições) que assegurem certa “rotinização”, bem como maior grau de objetividade e rapidez aos processos decisórios.<sup>37</sup> [Grifado].

Resumidamente, portanto, tem-se que as decisões do CADE sobre a proibição das concentrações empresariais se dão *necessariamente* em um cenário de incerteza sobre a matéria fática de fundo e que, nessa situação de incerteza, não há como se socorrer das distinções jurídicas tradicionais entre verdade material e verdade formal. Isto levanta um problema sobre o tema da prova nesse campo, pois, diante da incompatibilidade intrínseca entre as regras que regem a atuação do CADE, é necessário aprofundar a investigação sobre a quem recai o ônus probatório respectivo nessas circunstâncias.

Na ausência dessa investigação, o que se observa na prática, como realçado pela literatura especializada, é um apego, às vezes exagerado, a uma determinada metodologia de investigação que dita o exame das concentrações empresariais pelo CADE, embora sem maiores discussões sobre os fatos que informam e subsidiam a aplicação dessas regras ou seus efeitos. Após um exame mais detalhado dessa metodologia, que se fará a seguir, e do contexto histórico que a informa a partir do Direito Comparado, voltar-se-á à discussão do respectivo ônus probatório.

---

<sup>37</sup> SCHUARTZ, L. F. *op cit.* p. 114. Grifos omitidos.



Como ressalva metodológica importante, cumpre esclarecer aqui que, embora este estudo tenha foco na análise das chamadas concentrações “horizontais”, isto é, aquelas envolvendo concorrentes (efetivos ou potenciais), as preocupações e problemáticas aqui expostas aplicam-se, talvez até em maior grau, para aqueles negócios jurídicos que implicam relações verticais (*i.e.*, envolvendo empresas em etapas subsequentes da cadeia produtiva) e do tipo “conglomerado” (na qual um grupo amplia sua atuação para diferentes mercados), uma vez que a teoria econômica sobre os potenciais efeitos destes dois tipos de negócios é bastante mais reticente quanto à limitação à concorrência causada por estes do que no caso das concentrações horizontais.

Ou seja: os problemas aqui apontado sobre a temática probatória são ainda mais acentuados no caso dos outros tipos de concentração (vertical e conglomerado), uma vez que há ainda menos aceitação sobre seus potenciais efeitos anticompetitivos; evidente, assim, que tudo o que é exposto aqui em dependência do Guia deixa de valer para tais outros tipos, aumentando sobremaneira as dificuldades existentes. Algumas autoridades buscam delinear algumas teorias econômicas a respeito dos potenciais efeitos limitadores da concorrência nesses casos em metodologias de análise específicas, e o próprio CADE tem, de uma certa forma, mantido alguma consistência neste ponto, informativa do raciocínio econômico aplicável, mas mesmo nesses casos há incerteza ainda maior sobre os potenciais efeitos das concentrações sobre a concorrência do que naquelas hipóteses das concentrações horizontais. Assim, o problema da prova nestes outros tipos de concentração mereceria exame específico, em separado, para dar conta disso, o que não se fará neste estudo em função do escopo definido.

### **3 A metodologia tradicional de análise de concentrações empresariais: contexto, descrição e fundamentação**

Como exposto acima, a indeterminação dos critérios postos na Lei quanto à eliminação da concorrência em parcela substancial do mercado relevante, à *potencialidade* de criação ou reforço de posição dominante, ou à *potencialidade* de dominação de mercado, aliada ao exercício necessariamente de comparação de cenários de prognoses sobre as possíveis conformações do mercado e reações dos diferentes agentes nesses cenários hipotéticos, tem sido usualmente eliminada por meio da adoção de uma metodologia – um “algoritmo”<sup>38</sup> – de análise, pelo menos para as concentrações empresariais caracterizadas como “horizontais”, cristalizada no Guia e no discurso adotado pelas decisões do Tribunal do CADE e de sua Superintendência-Geral.

Os objetivos anunciados do Guia são: “(i) dotar de maior transparência a análise empreendida pelo CADE; (ii) orientar os membros do CADE a empregar as melhores práticas de análise econômica de ACs [atos de concentração] que produzam concentração horizontal; e (iii) auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados nas análises realizadas pelo CADE.” Ao mesmo tempo, o Guia ressalva que “a metodologia apresentada não possui caráter obrigatório ou vinculante”, sendo que o “processo analítico empreendido pelo CADE se adequará ao caso concreto”. Tem-se, pois, que o Guia visa a aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade para os agentes econômicos, mas mesmo o Guia reconhece a dificuldade em fazer isto de forma exaustiva.

De toda forma, como dito, as “melhores práticas de análise econômica” encontradas no Guia visam a supostamente reduzir o espaço de indeterminação da Lei e dar concretude à multiplicidade de vetores que conformam a “defesa da concorrência” em sua vertente preventiva. Isso se dá a partir de uma construção, à primeira vista bastante singela e intuitiva, feita da concatenação de passos logicamente estruturados em consonância com a teoria econômica.

---

<sup>38</sup> “A decisão de aprovar ou não aprovar um ato de concentração é tomada a partir de uma análise que segue fielmente – não só no Brasil, mas também em quase todas as demais jurisdições – um algoritmo simples”. SCHUARTZ, L. F. *op cit.* p. 106.

Aqui uma digressão se faz essencial para contextualizar esta construção e a teoria econômica necessariamente a ela subjacente, de forma a ser possível prosseguir na investigação. Essa digressão necessariamente parte da reafirmação da *escolha constitucional* de conformação da ordem econômica à liberdade de iniciativa, à propriedade privada, à livre concorrência, e de repressão estatal ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Ou seja, parte-se da escolha constitucional por um modelo de produção liberal-capitalista, o que implica uma ordem econômica que pressupõe, como fundamento próprio de sua existência, serem as situações de monopólio mais gravosas (“menos preferíveis”, por assim dizer) ao bem-estar social, do que as situações que impliquem algum grau de competição entre os agentes econômicos, devendo as iniciativas estatais privilegiar, sempre que possível, as últimas em relação às primeiras.<sup>39</sup>

Isto, por sua vez, corresponde a afirmar que a proteção da concorrência exige repúdio ao “poder de monopólio”, ou seja, à capacidade de um único agente ditar as

---

<sup>39</sup> Karl Marx já apontava que “*competition rages in direct proportion to the number, and in inverse proportion to the magnitudes, of antagonistic capitals*”, e isto mesmo viria a ser segundo ele o motor do próprio fim do capitalismo (*apud* HUNT, E. K. e LAUTZENHEISER, M. *History of Economic Thought: A Critical Perspective*. 3ª ed. Routledge: Nova Iorque, 2015. p. 235, fazendo referência a uma passagem do 3º Volume de *O Capital*). Uma concisa – e crítica – descrição da competição como mecanismo de controle da liberdade de iniciativa (e do egoísmo dos agentes) pode ser encontrada, por exemplo, em HEILBRONER, R. L. *The Wordly Philosophers*. 7ª ed. atualizada. Touchstone: Nova Iorque, 1999, na qual o autor aponta: “*the beautiful consequence of the market is that it is its own guardian. If output or prices or certain kinds of remuneration stray away from their socially ordained levels, forces are set into motion to bring them back to the fold. It is a curious paradox that thus ensues the market, which is the acme of economic freedom, is the strictest taskmaster of all. One may appeal the ruling of a planning board or win the dispensation of a minister; but there is no appeal, no dispensation, from the anonymous pressures of the market mechanism. Economic freedom is thus more illusory than at first appears.*” O autor finaliza sua descrição afirmando claramente que o modelo (*i.e.*, a simplificação) da competição perfeita não é adequado para descrever a realidade da competição capitalista contemporânea, mas esclarece, e isto é relevante como justificativa para a pressuposição apontada, “*but for all the attributes of modern-day economic society, the great forces of self-interest and competition, however watered down or hedged about, still provide basic rules of behavior that no participant in a market system can afford to disregard entirely. Although the world in which we live is not that of Adam Smith, the laws of the market can still be discerned if we study its operations*” (pp. 55 a 59, grifado).

condições de mercado. Há muitas fontes que tratam em detalhes desta discussão, das quais vale destacar a conclusão de que:

Nesse sentido, **defender a concorrência implica evitar o surgimento (e/ou incremento) de poder de monopólio** (ou de mercado, no jargão mais empregado na área antitruste) – e, portanto, de ineficiência de Pareto e de transferência socialmente indesejáveis de renda – por meio de, ainda que não necessariamente, fusões, aquisições ou *joint ventures* entre empresas ou ainda condutas de firmas voltadas, ainda que não somente, para a redução estratégica da competitividade de rivais e/ou para eliminação da rivalidade nos seus mercados de atuação, tais como a formação de cartéis ou a realização de contratos de exclusividade com fornecedores e/ou distribuidores ao longo da cadeia produtiva. Note-se, portanto, que **a defesa da concorrência não é um fim em si mesmo, mas o instrumento para a consecução do objetivo maior de aumentar – ou, pelo menos, evitar a redução – o bem-estar da sociedade**, expresso, em termos teóricos, pelos níveis de utilidade de cada indivíduo que a compõe.” [Grifado, notas omitidas]<sup>40</sup>

Em sua forma mais branda, esse poder de monopólio traduz-se no que a teoria econômica tradicional veio a denominar “poder de mercado”, tema central das principais preocupações associadas à defesa da concorrência e que permeia todo o exame das concentrações econômicas, como se verá adiante.

Não é escopo deste estudo discutir o conceito de “poder de mercado”, ou, no que poderíamos chamar de sua versão europeia, ligeiramente distinta, mas substancialmente equivalente, o conceito de “posição dominante”, mas é necessário delimitar – preliminarmente, ainda como contextualização – seus contornos, dada, novamente, a sua centralidade para o estudo das concentrações econômicas.

A definição do conceito de poder de mercado pode ter como ponto de partida, para este fim, a seguinte proposta:

*A simple economic meaning of the term “market power” is the ability to set price above marginal cost. Under perfect competition, price equals marginal cost, so if a firm's price is above its marginal cost,*

---

<sup>40</sup> Cf. FAGUNDES, J. op. cit., p. 65. Cite-se aqui também GICO Jr., I. T. *Cartel: Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex, 2006. No âmbito internacional, confira-se a introdução apresentada por CRANE, D. *Rationales for Antitrust* in BLAIR, R. e SOKOL, D. (eds). *The Handbook of International Antitrust Economics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. pp. 5 e 6.

*the implication is that the firm does not face perfect competition, i.e., that it has at least some market power.*<sup>41</sup>

A partir desta definição, verifica-se que, na prática, todas as empresas detêm algum nível (maior ou menor, a depender dos fatores de concorrência a que o seu segmento de atuação estão sujeitos) de poder de mercado, já que a maioria dos mercados, na realidade, não opera sob concorrência perfeita – um modelo de análise estilizado; uma simplificação, por assim dizer. O relevante, contudo, é apontar para o fato de que a existência de poder de mercado varia em graus, sendo equivocado investigar, de forma dicotômica, apenas se ele está presente ou não em determinada situação.

Prosseguindo, atualmente parece haver um certo consenso entre os economistas de que, para a defesa da concorrência, o conceito de poder de mercado (*market power*) corresponde a “*ability of a company to keep price above the competitive level for a sustained period of time without being undermined by consumers switching or competitors entering the market*”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> POSNER, R. e LANDES, W. *Market Power in Antitrust Cases* in *Harvard Law Review* v. 94, 937 (1980), construindo sobre a obra clássica de STIGLER, G. *The Organization of Industry* (1968). Sobre a crítica a respeito destas considerações, vide SCHMALENSEE, R. *Another Look at Market Power* in *Harvard Law Review* v. 95. Este é um clássico exemplo de um debate entre visões distintas a respeito do escopo, aplicação e políticas do Direito da Concorrência; para uma discussão mais aprofundada deste debate, vide ANDRADE, J. M. op. cit.; de forma mais crítica, WRIGHT, J. *Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: the Case for Evidence-Based Antitrust* in *Antitrust Law Journal*, v. 78. Sobre o tema do “poder de mercado” de forma mais exaustiva, note-se o recente trabalho de KAPLOW, L. *On the relevance of Market Power* in *Harvard Law Review* v. 130, disponível em [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1303-1407\\_Kaplow.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1303-1407_Kaplow.pdf). No Brasil, é possível dizer que ainda permanece como referência a tese de BRUNA, S. V. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, como referência sobre o tema da conceituação de poder econômico e de mercado; digna de nota também é a análise de FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 258 a 285, e de PEREIRA NETO, C. M. S. e GERADIN, D. *Restrições Verticais adotadas por Empresas Dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Européia*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>42</sup> Esse consenso pode ser encontrado em NIELS, G. et al. *Economics for Competition Lawyers*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 116; os autores seguem para reforçar o seguinte: “*It should come as no surprise then that market power is not a ‘bright line test’, but is best seen as a spectrum. There is no single point where one can say that a company goes from having no market power to having it. Understanding this spectrum helps to assess the extent of concern and the likely need for intervention in any particular situation.*” (p. 119).

O Direito brasileiro já incorporou e incorpora alguma forma de definição de “poder de mercado”, bastante alinhada a esta definição mais técnica, como pode se observar do teor da Leis n. 8.884/1994, da Lei n. 12.529/2011 e também da Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001, embora o Guia atua se furte de fazer qualquer definição correspondente:

Lei n. 8.884/1994, com redação original modificada pela Lei n. 9.069/1995:

Art. 20, § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

Lei n. 12.529/2011:

Art. 36, § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado [...].

Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001

O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

Na União Europeia, vigora desde há muito (Regulamento n. 4.064, de 21 de dezembro de 1989) uma definição que, embora de conteúdo distinto, quer fazer passar a mesma mensagem a respeito do conceito de “posição dominante”:

Uma situação de poderio económico detida por uma ou várias empresas que lhes daria a faculdade de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, dando-lhes a possibilidade de adoptarem comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Tal definição reflete, em larga medida, o célebre acórdão do Tribunal de Justiça europeu, proferido em 1979, envolvendo a Comissão das Comunidades Europeias e a empresa Hoffmann-La Roche & Co. AG (Processo nº 85/79), que define posição relevante nos seguintes termos “A referida posição dominante diz respeito a uma situação de poder económico detida por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores. Semelhante

Isso posto, como já dito, o exame do fenômeno do poder de mercado e, mais notadamente, *dos efeitos que as concentrações podem ter a respeito da probabilidade de seu exercício*, permeia o exame das concentrações econômicas a fim de verificar o atendimento aos critérios de aprovação ou reprovação do art. 88 da Lei n. 12.529/2011; isto parece ser verdadeiro também para o regime do antigo art. 54 da Lei n. 8.884/1994 e para qualquer outro meio de controle estatal das concentrações econômicos alinhados à teoria antitruste mais tradicional.

Com efeito, parece que a ordem econômica liberal-capitalista simultaneamente repudia e tolera o exercício de poder de mercado: o combate ao seu abuso é inerente à defesa da concorrência, no sentido de assegurar o maior bem-estar social possível à luz dos efeitos deletérios, alocativos e distributivos, associados ao monopólio e ao correspondente “poder de monopólio”; ao mesmo tempo, empresas que, *eficientemente*, atingem e mantêm posições de domínio não podem ser punidas por isto, já que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito” de dominação de mercado, consoante disposto no art. 36, §1º, da Lei n. 12.529/2011; dispositivo idêntico constava também da Lei n. 8.884/1994.<sup>44</sup>

Sobre a centralidade do conceito de poder de mercado, veja-se, em um exercício simples de Direito Comparado, aprofundado em capítulos subsequentes, que as orientações (*Horizontal Merger Guidelines*) editadas pelo Departamento de Justiça e

---

posição, ao contrário de uma situação de monopólio ou de quase monopólio não exclui a existência de uma certa concorrência embora dê à empresa que dela beneficia a possibilidade de decidir ou, pelo menos, de influenciar consideravelmente as condições em que esta concorrência se desenvolverá e, em todo o caso, de se comportar em larga medida sem ter de a tomar em linha de conta e sem que esta atitude a prejudique. Uma posição dominante também deve ser distinguida dos paralelismos de comportamentos próprios das situações de oligopólio, na medida em que, num oligopólio, os comportamentos se influenciam reciprocamente, enquanto em caso de posição dominante o comportamento da empresa que beneficia desta posição é, em larga medida, determinado unilateralmente.” (cf. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=EN>)

<sup>44</sup> No Direito Comparado, os estadunidenses desde há muito (1966, pelo menos) reconhecem que inexistente o ilícito de monopolização caso a parte tenha adquirido poder de monopólio em função de “*growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident*”. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966). Na mesma linha, vide SULLIVAN, L. e GRIMES, W. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2 ed. West Academic Publishing, 2006: “*Merger enforcement, like other areas of antitrust, is directed at market power. It shares with the law of monopolization a degree of schizophrenia: an aversion to potent power that heightens risk of abuse; and tolerance of that degree of power required to attain economic benefits.*”

pela *Federal Trade Commission*, ambos órgãos vinculados à administração federal dos Estados Unidos da América, dispõem que:

***The unifying theme of these Guidelines is that mergers should not be permitted to create, enhance, or entrench market power or to facilitate its exercise. For simplicity of exposition, these Guidelines generally refer to all of these effects as enhancing market power. A merger enhances market power if it is likely to encourage one or more firms to raise price, reduce output, diminish innovation, or otherwise harm customers as a result of diminished competitive constraints or incentives. In evaluating how a merger will likely change a firm's behavior, the Agencies focus primarily on how the merger affects conduct that would be most profitable for the firm.***<sup>45</sup> [Grifado]

Na mesma linha vão as “Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”, da Comissão Europeia, ao estabelecer que

4. A criação ou reforço de uma posição dominante por uma única empresa na sequência de uma concentração tem constituído o motivo mais comum para concluir que de uma concentração resulta um entrave significativo à concorrência efectiva. Além disso, o conceito de posição dominante tem sido também aplicado num contexto oligopolístico aos casos de posição dominante colectiva. Por conseguinte, prevê-se que **a maior parte dos casos de incompatibilidade de uma concentração com o mercado comum continuarão a basear-se na existência de uma posição dominante.** Assim, este conceito proporciona uma indicação importante quanto ao tipo de prejuízo para a concorrência que determina se uma concentração é susceptível de provocar um entrave significativo à concorrência efectiva e, por conseguinte, quanto à possibilidade de uma intervenção.<sup>46</sup>

Há consenso, contudo, no sentido de que não é simples ou trivial mensurar poder de mercado em um caso concreto, e, mais complexo ainda, de que não é trivial medir seu incremento em função de uma concentração económica<sup>47</sup>. Não obstante, desde há muito construiu-se um certo entendimento – cada vez mais questionado – de que quanto maior for o porte económico de um agente (*i.e.*, quanto maior a sua

<sup>45</sup> Cf. <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>, em seu primeiro capítulo.

<sup>46</sup> Cf. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=PT).

<sup>47</sup> Cf., por exemplo, BAKER, J. e BRESNAHAN, T. *Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power* in BUCCIROSSI, P. *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2007.



participação), maior seu poder de mercado, sendo a situação de monopólio, em que uma “empresa” é a única agente de todo um mercado, o cenário extremo desta situação.

A partir dessa premissa difundiu-se o entendimento de que determinadas estruturas de impactam diretamente o desempenho do mercado resultante, sugerindo que elevados níveis de concentração resultam em menor competição, independentemente da conduta dos agentes econômicos. Como decorrência, maiores níveis de concentração de mercado, ou seja, quanto mais próximo do nível de monopólio, ensejariam uma menor competição e, conseqüentemente, pior desempenho do mercado.

Embora este entendimento do tipo “estrutura – conduta – desempenho” (o “paradigma SCP”, na sua versão de língua inglesa) tenha sido bastante criticado ao longo do tempo e perdido, dentro da teoria econômica, força, é inegável que foi por sua influência que, no âmbito da análise econômica de concentrações, ainda pairam suspeitas, difíceis de serem dissipadas, contra concentrações econômicas que impliquem elevados níveis de participação de mercado, ainda que atualmente, como se verá, diversos elementos, para além da estrutura de mercado, sejam utilizados para identificar a possibilidade de eliminação da concorrência em uma determinada concentração.<sup>48</sup>

Em outras palavras, persiste ainda o entendimento de que participações de mercado (e, conseqüentemente, de que sua variação no caso de operações de concentração econômica) são uma aproximação razoavelmente confiável quanto ao “poder de

---

<sup>48</sup> A respeito do tema, vide HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St.Paul: West Group, 1999. “These attacks notwithstanding, the S-C-P has proven hard to kill. It continues to play a role, although greatly attenuated, in antitrust analysis. ... The structural emphasis of the S-C-P paradigm remains, but today structure no longer appears to dictate performance; rather we think of structure as a prerequisite to anticompetitive performance. Structure has become a necessary but not a sufficient cause. Within this substantially revised paradigm, conduct has acquired considerable independent significance. The S-C-P paradigm left certain marks that seem all but indelible ... Antitrust without structural analysis has become impossible. thanks largely to the S--C-P writers. To be sure, they may have gone too far in emphasizing structure over conduct, but that is a question of balance, not of basic legitimacy. Not even S-C-P’s most vehement critics would roll the clock back completely. Overall. the literature attacking the S-C-P paradigm creates an imposing argument that industry concentration is not a bad thing in and of itself. At the same time. concentration seems to be a prerequisite for the existence of market power. and market power is not always a good thing” (pp. 44 e 45).

mercado” (ou, conforme o incremento da participação, ao respectivo aumento da probabilidade de seu exercício) de uma determinada empresa.

No Brasil, esse entendimento teórico – equiparando um elemento estrutural, de participação de mercado, a um potencial desempenho competitivo – está consagrado em Lei, na forma de uma *presunção*, ao que tudo indica, *relativa*: “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% do mercado” (art. 36, §2º, da Lei n. 12.529/2011, replicando texto já presente da Lei n. 8.884/1994).<sup>49</sup>

Dito tudo isso e mesmo diante dessa presunção legal, é de se notar que o atual Guia deixa de colocar o exercício de poder de mercado como elemento central de sua investigação, formulando, nos seguintes termos, o objetivo do controle prévio das concentrações econômicas:

ACs podem gerar efeitos negativos e positivos simultaneamente. Entre os efeitos negativos de uma concentração, por um lado, é possível mencionar os seguintes: elevação de preços aos consumidores; diminuição da quantidade, de qualidade e/ou de variedade de produtos ou serviços a um dado preço; contração do ritmo de inovações com relação aos níveis que vigoravam antes da operação.

Por outro lado, é possível também que exista uma série de efeitos positivos específicos da operação, tais como: eventuais incrementos de produtividade e competitividade derivados dos ganhos de eficiência específica da operação; melhorias na qualidade dos produtos; maior diversidade de produtos, introdução de uma tecnologia melhor, etc.

---

<sup>49</sup> Quanto ao estabelecimento dessa presunção nesse patamar específico, ainda em sede da Lei nº 8.884/1994, cabe transcrever um dos poucos – se não o único – posicionamento crítico sobre tal presunção encontrado na literatura especializada: “[...] a devida concentração do poder será aquela necessária à competitividade da indústria, desde que não importe significativa restrição à concorrência. Então como no Brasil, onde a indústria de base foi planejada pelo Governo para precisamente ter escala, pode-se aceitar esse dispositivo legal que diz que 20% de participação em um determinado mercado relevante presume concentração? Que presunção é essa? Qual o dado de experiência que tomou o legislador nacional para estabelecê-la? A que serve, portanto, essa presunção? Nós que conhecemos a trajetória da Lei sabemos que isso daí foi posto como uma tentativa ideológica de punir grandes grupos, o que é um contra senso, pois que tem a tarefa de fiscalizar o mercado concorrencial é o CADE e não um legislador ideológico. Então, essa presunção carece de valor, de fundamento”. DUTRA, P. *A Concentração do Poder Econômico: Aspectos Jurídicos do art. 54 da Lei 8884/94* in *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 3 (1996).

Cumpra ao CADE verificar se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo.

O Guia, ao colocar nestes termos – pulando diretamente à consequência do exercício de poder de mercado, e não à sua causa – o objetivo último da análise de concentrações, não só continua passando ao largo da norma que deveria orientar e balizar sua aplicação (conforme debatido no capítulo anterior), mas, em desalinho com a própria fundamentação existente – pelo menos no atual estado da ciência econômica – para a defesa da concorrência e o que parecem ser as melhores práticas internacionais, põe em segundo ou terceiro plano o elemento central do que deveria ser sua investigação: o exercício de poder de mercado facilitado em virtude de dada concentração econômica. Este desvio aparentemente inocente pode ter repercussões importantes sobre os temas circundantes à prova.

Como visto acima, a defesa da concorrência parte de premissas geralmente aceitas quanto a certos aspectos do funcionamento da economia capitalista, ainda que estes nem sempre estas sejam alvo de unanimidade científica<sup>50</sup>. A metodologia de análise do Guia – que para fins processuais expressa *regra de experiência* que fundamenta o juízo sobre o resultado do processo de exame de uma concentração econômica – funda-se integralmente nessas premissas teóricas, e por definição, embute juízos de probabilidade ou de verossimilhança necessariamente pré-fixados a respeito de eventos futuros e incertos, ou seja, o que no Direito se tratam usualmente como presunções.

Colocar a investigação sobre os efeitos de concentrações fora do foco da criação ou facilitação do exercício de poder de mercado possivelmente leva a uma aplicação mecânica das etapas Guia que ignora essas presunções, o que, por sua vez, retira do debate a possibilidade de controle crítico-jurídico das decisões do CADE *vis-à-vis* os fatos específicos do caso concreto, deixando de lado as diversas implicações

---

<sup>50</sup> Vide, a respeito, a discussão a seguir sobre o tema da “definição de mercado relevante”, sobre a racionalidade do *homo economicus*, e mesmo as discussões sobre outros métodos analíticos,

jurídicas da – impossibilidade de produção da – prova de “fato futuro” (*i.e.*, o efeito da concentração econômica sob exame).<sup>51</sup>

Com efeito, o “algoritmo” do Guia – e efetivamente de toda a metodologia “tradicional” de análise concorrencial ao redor do mundo – parece ter por fundamento o pressuposto ordenatório (constitucional) de que um cenário de concorrência é socialmente preferível a um cenário de monopólio, sendo aquelas estratégias empresariais (incluídas aí aquelas envolvendo movimentos de concentração) tendentes ao segundo cenário, ainda que em menor grau do que um monopólio completo, mais propensas a gerar efeitos negativos sobre o “bem-estar social”.

De toda forma, em um aspecto mais relacionado ao escopo desta investigação, surpreende, à luz da discussão teórica acima posta, que o Guia afirme, textualmente, que:

Não é possível definir, *a priori*, se a concentração será benéfica ou prejudicial, sendo necessária a análise específica caso a caso, com a ponderação das eficiências específicas da operação *vis-à-vis* seus efeitos negativos derivados de uma maior probabilidade do exercício do poder de mercado.

Veja-se, pois, que o Guia busca manter-se *em tese* neutro quanto às regras de julgamento que ele próprio embute, e nem se preocupa com o tema do ônus probatório de forma específica, assumindo uma suposta postura de “ceticismo científico”, por assim dizer. Responder se isto é compatível com o objetivo de “auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados nas análises pelo CADE”, ou mesmo transparente, buscar-se-á fazer ao longo deste e dos demais capítulos desta investigação.

Não obstante, causa surpresa que uma metodologia de análise calcada em premissas de natureza estrutural quanto à própria conformação da ordem

---

<sup>51</sup> Elogios a essa metodologia de análise como algoritmo decisório *suficiente* para atender a critérios juridicamente relevantes de motivação racional de decisões podem ser encontrados em SCHUARTZ, L. F. *op. cit.* p. 20. De qualquer forma, é preciso mencionar a ausência de orientação clara da autoridade a respeito do exame das concentrações de natureza “vertical”, o que agrava esse problema de previsibilidade e certamente deve ser alvo de investigação detalhada neste ponto. Cf. a respeito, RAGAZZO, C. E. J. *A Regulação da Concorrência*, disponível em [http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20/](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/), nota 4.

econômica e, em si mesma, recheada de presunções e “pontos de parada de investigação”, possa em si mesma ser vista como neutra ou cética em relação ao resultado de sua investigação. O Guia, afinal, funciona como *regra de experiência* do julgador; cabe lembrar, neste contexto, que

Regras (ou máximas) de experiência são noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. As máximas da experiência possuem as características da generalidade e da abstração.<sup>52</sup>

Essas características de generalidade e abstração referentes a uma certa forma de raciocínio indutivo (do geral para o específico, no caso concreto), parecem incompatíveis com o ceticismo científico apregoado como forma de exame pelo próprio Guia. Evidentemente não se está aqui a questionar a óbvia necessidade de imparcialidade e neutralidade da posição do CADE como julgador diante de um caso concreto, mas sim para apontar que as regras de experiência gerais e abstratas do Guia levam a uma conclusão incompatível com a dúvida acerca do resultado, geral e abstrato, de uma concentração hipotética *ceteris paribus*.

Observa-se, por exemplo, ter se consagrado no Direito estadunidense uma presunção (judicial, mas com força de precedente) em desfavor de concentrações de mercado mais elevadas, conforme apresentado em capítulo específico a seguir.

Adiante, o Guia estabelece as principais etapas de sua análise, as quais “não são obrigatórias e não necessitam seguir qualquer sequência”, mas que “na maior parte dos casos, estas etapas são *suficientes*” para que o CADE decida se o negócio jurídico pode ser autorizado ou não. Essas etapas são (a) definição de mercado relevante, (b) identificação dos níveis de concentração de mercado e de “poder de mercado”, (c) fatores que mitigam o exercício de poder de mercado resultante da concentração, como entrada e rivalidade, e (d) avaliação dos ganhos de eficiência.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> DIDIER Jr., F. et al. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. JusPodivm: Salvador, 2016. P. 69, apoiando-se no magistério de MOREIRA, J. C. B. *Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de Direito Processual – segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

<sup>53</sup> Mencione-se aqui a inegável semelhança entre a metodologia de análise do guia guarda uma semelhança enorme com o trabalho de Michael Porter publicado originalmente em

Assim, a autoridade, debruçada sobre a realidade concreta do mercado específico antes da “consumação” da concentração econômica, toma os elementos – em sua maioria estruturais, de caráter geral e abstrato – constantes do Guia para, preocupada com a manutenção do bem-estar do consumidor<sup>54</sup>, verificar se dada concentração implica controle de parcela do mercado capaz de levar à limitação da concorrência em parcela substancial do mercado (e, em tese, à potencialidade de criação ou reforço de posição dominante, uma segunda hipótese, ou à potencialidade de dominação de mercado, uma terceira hipótese), comparando, em todos os momentos, o arranjo concorrencial pré-concentração e o *mais provável, verossímil ou plausível* arranjo concorrencial pós-concentração.

Inobstante seja evidente como um exercício (talvez pressuposto) de causalidade entre concentração e situação de concorrência, esse esforço comparativo – em tudo ausente do Guia – encontra-se nos documentos de autoridades europeias e americanas<sup>55</sup>, e parece essencial para dar o contexto adequado ao exame empreendido pela autoridade. O que se quer dizer aqui é que, na inexistência dessa relação de causalidade (*i.e.*, se na ausência da concentração o resultado em termos

---

1979 (*How Competitive Forces Shape Strategy*, disponível em <https://hbr.org/2008/01/the-five-competitive-forces-that-shape-strategy>) e que se tornou referência acadêmica e na prática empresarial no campo da Administração de Empresas. A título de exemplo, cite-se o seguinte trecho do sumário do artigo original: “*The five forces govern the profit structure of an industry by determining how the economic value it creates is apportioned. That value may be drained away through the rivalry among existing competitors, of course, but it can also be bargained away through the power of suppliers or the power of customers or be constrained by the threat of new entrants or the threat of substitutes.*” (grifos omitidos). Também na linha de destacar esta semelhança, observe-se o disposto em PORTER, M. *Estratégia Competitiva: Técnicas para análise de indústrias e da concorrência*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>54</sup> Note-se, a esse respeito, o conteúdo do art. 88, §6º, II da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 1º da Lei nº 12.529/2011.

<sup>55</sup> No guia estadunidense: “*Most merger analysis is necessarily predictive, requiring an assessment of what will likely happen if a merger proceeds as compared to what will likely happen if it does not. Given this inherent need for prediction, these Guidelines reflect the congressional intent that merger enforcement should interdict competitive problems in their incipiency and that certainty about anticompetitive effect is seldom possible and not required for a merger to be illegal.*” No guia europeu: “Ao apreciar os efeitos de uma concentração sobre a concorrência, a Comissão compara as condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada. Na maior parte dos casos, as condições de concorrência existentes na altura da concentração constituem o elemento de comparação relevante para a apreciação dos efeitos de uma concentração. Todavia, nalgumas circunstâncias, a Comissão poderá tomar em consideração futuras alterações do mercado que possam ser previstas de forma razoável.”

de criação, reforço ou aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado, for o mesmo), não se pode atribuir à concentração os efeitos do art. 88, §5º, da Lei n. 12.529/2011.

Ou seja: de todo o exposto acima, tem-se que o Guia, fator de instrumentalização da teoria econômica pelo Direito, materializa aquelas “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (art. 375 do Código de Processo Civil) *em decorrência das concentrações econômicas*. Segundo a fundamentação teórica dessas regras de experiência, como visto acima, uma maior concentração de mercado (maior participação conjunta) parece implicar maior risco (probabilidade) de menor competição no mercado; ou seja, as regras embutem um raciocínio presuntivo inerente ao seu próprio funcionamento, diante do seu ponto de partida inicial, o que culminou no art. 36, §2º da Lei n. 12.529/2011.

Por própria determinação legal (a presunção de posição dominante se verifica, afinal, quando uma empresa quando controla 20% do mercado), é de se especular se não existe uma *presunção estrutural* intrínseca à própria fundamentação de existência do aparato jurídico de controle preventivo de concentrações econômicas, sendo o Guia uma metodologia a elencar elementos, circunstâncias e eventos que em tese seriam suficientes para afastar essa presunção.

Isto não significa que as etapas do Guia sejam a única maneira de verificar se uma dada concentração implica limitação da concorrência – na esteira da literatura econômica mais atual, o Guia reconhece que há outros meios, talvez mais diretos, para que a autoridade identifique os efeitos da concentração sobre a competição; sobre estes outros meios voltar-se-á mais adiante. De toda forma, a prevalência da utilização da metodologia tradicional na prática do CADE e o caráter complementar que tais outras formas de análise dos efeitos das concentrações tendem a assumir<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Por exemplo, observe-se o resultado de debate realizado na OCDE sobre o tema da prova econômica: “*Economic evidence can play a very important role in the assessment of mergers. However, this role needs to be put in to perspective. Sound economic analysis is time consuming, costly, and burdensome, and not all merger assessments require economic evidence. Many can be cleared on the basis of simple thresholds that are not related to economic analysis (e.g. market share thresholds). Even where economic evidence does have a role to play in the assessment of a merger, this evidence should not in general be given a privileged position. Instead, the economic evidence should be considered along with the other evidence in the case (e.g. internal documents from the parties). Where the economic evidence is consistent with other evidence, it strengthens the conclusions that can*

tornam imprescindível que, para se discutir questões relevantes para a análise de concentrações econômicas relacionadas à prova, se proceda ao exame das etapas do Guia.

Para tanto, no que segue apresentar-se-ão alguns comentários – não exaustivos – sobre essas etapas, à luz das considerações acima apresentadas a respeito dos juízos de comparação inerentes ao exame prospectivo demandado pela Lei n. 12.529/2011 neste ponto; o objetivo aqui é de meramente apresentar as etapas do Guia no que se mostrem relevantes para a discussão do tema da prova, e não realizar uma crítica exaustiva de seu conteúdo da perspectiva da ciência econômica<sup>57</sup>.

*a. Definição de mercado (relevante), identificação das participações de mercado e níveis de concentração*

Segundo o Guia, alinhado à definição dada pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001, a delimitação do mercado é o “processo de identificação do conjunto de agentes (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades etc. da empresa resultante da operação”. Convencionou-se, mais por inadequação contextual, a identificar o mercado assim identificado, no âmbito das análises concorrenciais, de “mercado relevante”.<sup>58</sup>

---

*be drawn. When the economic evidence is not consistent, it should not be assumed that either evidence is wrong, but efforts should be made to understand why different types of evidence are leading to different conclusions. It might be that the economics is pointing out an insight that the other evidence has missed. Equally, it could be that the economics is missing something. Understanding what is driving the divergence can often provide useful insights into the likely effect of the proposed merger.” OECD Policy Roundtables. Economic Evidence in Merger Analysis (2011).*

<sup>57</sup> Sobre os potenciais efeitos e a metodologia de análise das concentrações empresariais de forma detalhada e possivelmente exauriente, há diversos trabalhos, no Brasil e no exterior, que mereceriam referência, dentre os quais cabe citar: KAPLOW, L. e SHAPIRO, C. *Antitrust*, pp. 59 a 99, disponível em <http://www.nber.org/papers/w12867>; IVALDI, M. et. al. *The Economics of Horizontal Mergers: Unilateral and Coordinated Effects*, disponível em [http://www.een.sk/docs/KD7105150ENS\\_002.pdf](http://www.een.sk/docs/KD7105150ENS_002.pdf); PEREIRA NETO, C. M. S. e CASAGRANDE, P. L. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 64 a 82; PINHO, J. M et al. *Um Pequeno Guia Moderno de Análise de Fusões* in RODAS, J. G. (ed.) *Direito Econômico e Social*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>58</sup> Segundo robusto estudo publicado pela *American Bar Association*, “the purpose of market definition is to provide a context within which competitive effects can be analyzed, and it is



Trata-se, em suma, de um juízo acerca das relações de *substituição* verificadas primordialmente da perspectiva do consumidor (em termos de suas características, preços e utilização) e que corresponde, em termos econômicos, à análise de “elasticidade preço da demanda cruzada”: como a demanda por um produto é afetada em função de um aumento de preço de um outro. Quanto maior o incremento na demanda de um segundo produto em caso de um pequeno aumento de preço do primeiro, maior a relação de substituição verificada e, portanto, maior – pelo menos em tese – a probabilidade de que ambos os produtos sejam parte de um mesmo mercado, já que ambos tendem a ser vistos como substitutos pelos adquirentes (*i.e.*, ambos os produtos limitam as decisões de preço, quantidade etc. da empresa resultante da concentração empresarial).

A teoria econômica revela que, de posse das informações pertinentes – notadamente, neste caso, das séries históricas de preços e quantidades dos produtos que se quer examinar<sup>59</sup> – seria possível identificar tais relações de substituição de forma direta, sem maiores ilações. Não obstante, o acesso a tais dados não é trivial e tais dados sequer podem ser recuperados de forma confiável, gerando um problema informacional que adiciona imprecisão a uma análise que já é, por si só, recheada de incertezas.

A alternativa, então, para identificar a importância da concorrência oferecida por um conjunto de produtos em face dos produtos alvo da concentração sob exame, passa a ser a adoção do que se convencionou chamar “teste do monopolista hipotético”. Trata-se de uma série de aproximações sucessivas, a partir do menor conjunto de produtos e a menor área geográfica, por meio da qual um monopolista hipotético poderia imprimir um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de

---

*frequently a critical and extremely fact-intensive element of antitrust cases*”. *Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies* (2012), p.1. Texto de referência, no Brasil, sobre o tema parece ser ainda POSSAS, M. L. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*, disponível em [http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os\\_conceitos\\_de\\_mercado\\_relevante\\_e\\_de\\_poder\\_de\\_mercado.pdf](http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf) Outras referências podem ser encontradas em trabalho do próprio CADE, de 2010: *Delimitação de Mercado Relevante*, disponível em [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao\\_de\\_mercado\\_relevante.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf).

<sup>59</sup> Cf., para uma análise técnica, DAVIS, P. e GARCÉS, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. New Jersey, Princeton University Press, 2010, pp. 191 e ss., além do capítulo 9.

preços de forma lucrativa. Identificado um produto (ou categoria de produtos) e uma região em que tal monopolista hipotético pudesse implementar tal aumento de preço, tem-se o mercado relevante.

Para este exercício, o Guia orienta que sejam tomados, como base, dados e informações qualitativos sobre características dos produtos e aplicação final pelos clientes, além de informações de preços, fluxo de mercadorias e consumidores e definição de áreas de influência (raios) etc. Ou seja, na falta de informações diretas que sejam capazes de evidenciar as relações de substituição existentes entre os diferentes tipos de produtos, recorre-se a um exercício qualitativo de aproximação reiterada em termos de tipos de produtos potencialmente substitutos e em termos da área geográfica dentro da qual os clientes podem adquirir tais produtos.

A partir da identificação do mercado relevante passa-se a computar as participações das partes, assumindo-se serem elas participantes do mesmo mercado<sup>60</sup>. Segundo o Guia, os dados devem refletir “a estrutura da oferta, podendo ser referentes à capacidade produtiva, à quantidade de vendas do produto em unidades, ou ao valor das vendas, ou outra medida que seja mais adequada ao caso para indicar as condições de competição”. Neste ponto, assumindo-se que o mercado relevante definido seja efetivo reflexo das reais opções dos clientes, já é possível identificar o atendimento ou não da presunção legal quanto à existência de posição dominante.

Percebe-se, então, que o juízo acerca de dois conjuntos de elementos fáticos é inicialmente essencial para o que se poderia chamar de operacionalização da presunção legal: o primeiro sobre a definição do mercado relevante, que envolve ou o exame de séries de dados de preços e quantidades, na melhor das hipóteses em termos de confiabilidade das informações, ou a realização de exercícios, mais qualitativos do que quantitativos, de aproximação sucessiva baseados em dados esparsos e de fontes distintas, que podem ter entendimentos distintos sobre a

---

<sup>60</sup> Se não, inexistem relações de concorrência e, portanto, não se pode aplicar a metodologia do Guia, devendo se avaliar se há outras teorias de dano concorrencial possivelmente decorrentes do negócio sob análise (*i.e.*, se há relações verticais envolvidas ou se há algum tipo de efeito conglomerado) para continuidade da investigação; inexistindo tais teorias, deve o CADE autorizar a concentração empresarial.

realidade, notadamente as relações de substituição investigadas<sup>61</sup>; o segundo a respeito do porte econômico dos agentes nesse mercado, às vezes de difícil determinação ou estimação.

Pois bem. Volta-se aqui pela primeira vez a um tema que será também resgatado adiante, já que há assimetria de informações entre partes e autoridade que merece destaque, e que funciona em ambos os sentidos: de um lado, as partes dispõem – ou, em um modelo de racionalidade plena, deveriam dispor – de maior acesso a dados e informações sobre sua própria atividade, seu segmento específico, seu posicionamento de mercado, seus potenciais concorrentes, e os fatores que restringem as decisões do cliente, do que a própria autoridade, que não tem a atividade empresarial como finalidade; de outro, a autoridade dispõe de poderes instrutórios amplos, e, entendendo cabível, pode ter acesso a informações de terceiros (*e.g.*, clientes, fornecedores, concorrentes, associações de classe) não disponíveis às partes.

Tratam-se assim de conjuntos de dados e informações complementares, mas que somente podem ser examinados em conjunto – assegurando uma visão do todo mais próxima à da realidade fática – sob a determinação do órgão julgante, que reúne os poderes instrutórios; nesse contexto, da mesma forma que a atuação das partes no sentido de apresentar dados e informações mais favoráveis ao cenário de autorização da concentração – do qual os cenários mais extremos, e por isso mesmo ilícito, são a omissão ou a apresentação de dados falsos ou enganosos – não contribui para o melhor esclarecimento possível da situação fática no caso concreto, uma atuação da autoridade que – por ignorância, desídia, ou parcialidade – deixe de coletar dados e informações de terceiros também vai contribuir para uma decisão tendenciosa, descolada da realidade.

Importante, pois, sempre considerar esta tensão quando da avaliação do conjunto probatório; ainda que a decisão da autoridade tenha por base inicial principalmente

---

<sup>61</sup> Por exemplo, um dado cliente pode, em função de particularidades em sua respectiva linha de produção, acreditar que o produto A e o produto B são substitutos plenos por terem o mesmo rendimento; outro cliente, por sua vez, pode ter restrições quanto a essa relação de substituição por ter uma linha de produção distinta. Um terceiro cliente pode também utilizar o produto A para uma outra finalidade, que o produto B não atende. Nessas circunstâncias, cabe ao julgador examinar detidamente

os dados e informações veiculados pelas partes – consoante discussão de capítulos posteriores – quem tem poderes para ditar os rumos da instrução<sup>62</sup>, a partir de dados e informações de terceiros, é a autoridade, que atua como julgadora.

A cautela com essa tensão, cuja resolução é essencial para a elucidação da pluralidade de fatos pertinentes (no caso, definição de mercado relevante e cômputo das participações de mercado), deve permear a atuação das partes – cujos deveres expressos incluem “expor os fatos conforme a verdade”, “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé, e “prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos”, conforme o art. 4º, I, II e III, da Lei n. 9.784/1999, somados aos deveres do Código de Processo Civil – e da própria autoridade.

De toda forma, o Guia continua o exame neste tópico, pois, com base nas participações dos agentes, é possível identificar o nível de concentração de mercado (*i.e.*, se se trata de um mercado desconcentrado, moderadamente concentrado ou muito concentrado), o que se faz usualmente com base no índice de Herfindahl Hirschman (HHI), correspondente ao somatório dos quadrados das participações de cada empresa no mercado.

Ou seja, é possível, com razoável granularidade, assumindo-se a correção dos dados subjacentes, verificar se o nível de concentração de um mercado se situa mais próximo da (idealizada) situação de “concorrência perfeita” ou da situação de monopólio, e, mais importante do que isso, se o negócio jurídico sob exame implica uma variação mais ou menos acentuada desse nível de concentração -- trata-se do único momento do Guia em que efetivamente há uma comparação entre o cenário vigente antes da consumação do negócio jurídico e aquele a ela posterior (evidentemente que em tese).

A partir da conjugação do nível de concentração do mercado e da variação desse nível de concentração em função do negócio, o Guia então julga – com base em critérios aparentemente oriundos da experiência estadunidense – se há relação de

---

<sup>62</sup> Lembre-se que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados” (art. 2º da Lei nº 9.784/1999).

causalidade entre a variação no nível de concentração de mercado e aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado.

Anote-se, aqui, que essa relação de causalidade é praticamente oriunda do antigo “paradigma SCP” acima destacado, e, assim, estabelecida como uma *presunção estrutural*, esta sobre a variação nos índices de concentração sem base legal, diferentemente daquela sobre a participação de mercado, com importantes efeitos sobre a continuidade da análise. De toda forma, o Guia também excepciona algumas situações em que a variação do HHI pode ser desprezada (“flexibilizada”) como indicativo de poder de mercado envolvido no negócio analisado.

Concluída esta etapa, no caso de negócios que resultem em participações de mercado superiores a 20% e em variações de concentração mais ou menos significativas conforme forem mais ou menos concentrados os mercados em questão, o Guia estabelece a presunção de que a operação aumenta a probabilidade de exercício de poder de mercado e, aí, passa a examinar fatores que ou impedem o exercício ou mitigam essa probabilidade. Notadamente, o Guia aponta o seguinte, em tradução quase que literal de seu correspondente estadunidense mais recente<sup>63</sup>:

Concentrações que geram preocupações em mercados altamente concentrados: operações que resultem em mercados com HHI acima de 2.500 pontos, e envolvam variação do índice entre 100 e 200 pontos ( $100 \leq \Delta\text{HHI} \leq 200$ ) têm potencial de gerar preocupações concorrenciais, sugerindo uma análise mais detalhada. Operações que resultem em mercados com HHI acima de 2.500 pontos, e envolvam variação do índice acima de 200 pontos ( $\Delta\text{HHI} > 200$ ) presumivelmente geram aumento de poder de mercado. **Essa presunção poderá ser refutada por evidências persuasivas em sentido contrário.** [Grifado]

Tal tradução literal não seria um problema jurídico, de forma alguma, não fosse, primeiro, o fato de que os precedentes judiciais nos Estados Unidos dispõem expressamente sobre o ônus e o padrão de prova aplicáveis à espécie, o que não ocorre, pelo menos não expressamente, no Direito brasileiro (conforme detalhado

---

<sup>63</sup> No texto estadunidense: “*Mergers resulting in highly concentrated markets that involve an increase in the HHI of between 100 points and 200 points potentially raise significant competitive concerns and often warrant scrutiny. Mergers resulting in highly concentrated markets that involve an increase in the HHI of more than 200 points will be presumed to be likely to enhance market power. The presumption may be rebutted by persuasive evidence showing that the merger is unlikely to enhance market power.*”

em capítulo específico a seguir), e, segundo, a afirmação, em momento anterior do Guia, de que o CADE deve adotar uma suposta postura de “ceticismo científico”. Presunções e ceticismo científico não são compatíveis, por definição, e esta incompatibilidade se traduz na já apontada confusão quanto ao tema da prova neste âmbito.

*b. Fatores que mitigam a probabilidade de exercício do poder de mercado*

Estabelecida a presunção de que a concentração aumenta a probabilidade de exercício de poder de mercado, o Guia parte para o exame dos fatores que impediriam ou mitigariam essa probabilidade. Estes fatores envolvem, a princípio, três aspectos principais: existência de barreiras significativas à entrada, resposta dos concorrentes já instalados no mercado e existência de poder compensatório por parte dos clientes.

O exame das barreiras à entrada guarda resquícios de uma análise essencialmente estrutural, pois trata exatamente de avaliar a probabilidade de terceiros fora do mercado, diante do exercício de poder de mercado, tornarem-se ofertantes do produto, de forma tempestiva, e se tal entrada seria suficiente para que a empresa resultante da concentração deixasse de ter incentivos para aumentar seus preços. O raciocínio subjacente, *grosso modo*, vai no sentido de que incrementos de preço (decorrentes do exercício de poder de mercado) tornariam a entrada mais interessante, pois gerariam a possibilidade de lucros; portanto, a existência, ou não, de barreiras à entrada é essencial para verificar se a empresa resultante da concentração teria incentivos para aumentar preços ou, temendo novos concorrentes, manteria os preços pré-operação.

Assim, mercados com baixas barreiras à entrada em tese podem tolerar momentaneamente concentrações mais elevadas, pois a expectativa de lucros incentivaria novas entradas, o que diluiria as participações, e vice-versa. Trata-se, como se vê, de exercício prognóstico, que parte das particularidades da conformação do mercado no momento pré-operação para estimar os potenciais desdobramentos da dinâmica do mercado pós-operação; para isto, o Guia considera os elementos que conformam a estrutura do mercado no momento pré-operação (exigências legais ou regulatórias, vantagem competitiva dos concorrentes

instalados, economias de escala e escopo, fidelidade à marca etc.) para examinar outros elementos pré-operação – escala mínima viável e eficiente, tempestividade para entrada no mercado – em comparação com um único elemento pós-operação (oportunidades de venda disponíveis no mercado decorrentes do crescimento esperado da demanda e do próprio exercício de poder de mercado, já que uma parte dos consumidores deixará de adquirir o produto).

Como apontado acima, tal exercício se dá sob condições de forte incerteza, ao examinar um elemento futuro e incerto (existência de oportunidades de venda que induziriam a novas entradas na ausência de barreiras) condicionado à hipotética concretização da concentração e ao crescimento da demanda, com base em provas e expectativas sobre o futuro formadas no momento de exame da concentração. Como forma de controlar esta incerteza, o Guia recomenda o exame do histórico de entradas no mesmo mercado, sob a alegação de que isto seria “elemento adicional de análise que auxilia a verificar a efetividade das entradas passadas nos mercados debatidos”; não obstante, contudo, o próprio Guia excepciona:

exemplos de empresas ativas que entraram no mercado nos últimos cinco anos podem ser utilizados como evidência sobre as condições de entrada, **desde que sejam representativos das condições de entrada no momento em que a análise esteja sendo realizada.**  
[Grifado]

Trata-se de ponto emblemático da problemática probatória que se quer delinear neste estudo: os fatos passados (*i.e.*, condições de concorrência anteriores à concentração) não necessariamente são informativos sobre o comportamento futuro, seja da demanda, seja de terceiros fora do mercado, impondo a metodologia tradicional de análise um exercício de prognósticos que está longe de ser simples. Neste aspecto, a coleta e comprovação dos elementos necessários para um desenho adequado de potenciais cenários concorrenciais futuros é tarefa das mais complexas, mesmo que se queira fazer um exercício simplificado ou “estilizado”.

Abundam também dificuldades de prova no que toca ao tema da chamada “análise de rivalidade”, que o Guia qualifica da seguinte forma: “a efetividade da competição entre a empresa resultante da operação e as demais empresas instaladas (seus rivais) pode tornar pouco provável o exercício do poder de mercado”.

O exame de rivalidade basicamente assume que, em mercados relativamente pouco concentrados, empresas rivais poderiam, por meio de sua resposta concorrencial, assegurar a competitividade do mercado pós-concentração (“contestando” a posição da empresa resultante da operação), desde que estes rivais “possuam capacidade tecnológica equivalente, níveis competitivos de custos e preços, escopo e qualidade de produtos análogos, bem como outros fatores considerados decisivos para o seu potencial competitivo”.

Novamente se está diante de exercício prognóstico bastante complexo, dependente em tudo de dados e informações<sup>64</sup> de terceiros, não necessariamente disponíveis às partes da concentração e, no melhor dos casos, apenas à autoridade. Julga-se a probabilidade de exercício de poder de mercado, portanto, com base em um exercício de comparação de diferentes cenários relacionados à dinâmica de concorrência, pautados pela provável reação dos concorrentes à concentração, a partir de um conjunto de informações bastante limitado e que despreza as decisões estratégicas dos próprios terceiros.

Ainda que as dificuldades probatórias associadas a este exercício sejam superáveis, há uma crítica – não particular à análise de concentrações, mas provavelmente a toda a teoria econômica e às ciências sociais – especialmente aplicável a este tipo de exercício, associada ao axioma da racionalidade dos agentes econômicos<sup>65</sup>. Segundo as “regras de bolso” da teoria econômica neoclássica, os agentes econômicos são racionais e querem maximizar seus lucros (e.g., um agente com capacidade ociosa tenderá a preferir ocupá-la, caso tenha a oportunidade, se isso

---

<sup>64</sup> Por exemplo, segundo o Guia: margem de lucro, elasticidade própria preço demanda, elasticidade própria preço oferta, Ativos produtivos, Integração vertical e portfólio, acesso a distribuidores e serviços de logística eficientes, acesso a crédito, uso da capacidade ociosa etc.

<sup>65</sup> Sequer seria necessário discutir isto, já que este é possivelmente um dos temas mais controverso das análises da economia e de outras ciências sociais. A “racionalidade” é ainda axioma fundamento das políticas econômicas de defesa da concorrência, hoje muito questionado, já que nem sempre os agentes buscam “maximizar” sua “função utilidade”, o que, no caso das empresas, implica “maximização” de lucros (podem preferir maximizar receitas ou ocupação em determinadas circunstâncias, mas não necessariamente lucros) ou nem sempre tomam decisões com base em critérios de racionalidade identificáveis externamente, *a priori*. Sobre as críticas a racionalidade dos agentes econômicos como limitada à maximização de seu próprio interesse, pode-se citar SEN, A. K. *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory in Philosophy and Public Affairs*, n. 6, n. 4 (1977), dentre inúmeros outros.



implicar diminuição de perdas) e esta premissa, se não informa, deveria informar a realização do exercício do Guia de forma a atribuir a ele algum valor enquanto “comportamento esperado dos agentes” em caso de exercício de poder de mercado por parte da empresa resultante da concentração.

A utilidade da análise tanto de entrada, como de rivalidade, como fatores mitigadores do exercício de poder de mercado, dependem fortemente da adesão dos agentes “rivais” ou “potenciais entrantes” a esta premissa, sob pena de o exercício de probabilidades envolvido na resposta dos agentes não ser informativo sobre a potencial dinâmica de concorrência do setor. Inevitável, pois, não observar tais exercícios prognósticos com uma certa cautela, dada a incerteza associada ao tema.

Assim, a presunção do Guia de que um incremento elevado no nível de concentração (HHI) em mercados muito concentrados pode ser refutado “por evidências persuasivas em sentido contrário” pode ser tomada, na prática, como uma decisão firme, salvo recurso – jocoso, naturalmente – a uma bola de cristal: salvo situações limítrofes, o nível de incerteza associado aos exercícios de entrada e rivalidade, tanto em decorrência da disponibilidade e confiabilidade das provas dos elementos pertinentes quanto em decorrência da provável resposta concorrencial de “rivais já instalados” e de “potenciais entrantes”, não parece compatível com um nível convincente de “persuasão”. Tem-se, pois, talvez o principal ponto de investigação que merece maior aprofundamento em momento posterior, associado justamente à plausibilidade de construção – fática – de argumentos “persuasivos” contra as presunções que operam explícita e implicitamente contra níveis elevados de concentração de mercado.

Uma última nota sobre este ponto: a “análise de rivalidade” é um dos poucos elementos de análise particularmente brasileiros, na medida em que guias de outras autoridades tipicamente examinam tal aspecto em sede de barreiras à expansão da capacidade dos concorrentes, como se se estivesse analisando uma modalidade mais facilitada da entrada, e não exatamente a resposta dos concorrentes já instalados. O exame da provável resposta dos “rivais já instalados” costuma, nos guias de outras jurisdições, permear o exame dos chamados “efeitos coordenados”, ou seja, aqueles que decorrem do aumento da probabilidade de exercício

coordenado de poder de mercado; em apertadíssima síntese, trata-se daquele associado ao aumento da probabilidade de que uma dada concentração, ao diminuir o número de agentes em determinado mercado, contribua para a coordenação tácita das decisões concorrencialmente relevantes.

*c. Avaliação dos “ganhos de eficiência”*

A etapa final prevista pelo Guia encontra correspondência no art. 88, § 6º da Lei, que prevê que mesmo operações que produzam os efeitos do § 5º podem ser aprovadas desde que sejam necessárias para atingir os seguintes objetivos: “aumentar a produtividade ou a competitividade”, “melhorar a qualidade de bens ou serviços”, “propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”, e que os consumidores possam receber “parte relevante” dos “benefícios decorrentes”.

Em um exercício talvez exagerado de simplificação, o Guia afirma que a Lei impõe ao CADE o dever de “ponderar as eficiências específicas” de um “ato de concentração”, comparando os benefícios esperados com os potenciais prejuízos advindos da eliminação da concorrência. Com isso, o Guia pretende afirmar que os benefícios devem pelo menos compensar (“efeitos líquidos não-negativos”) a limitação da concorrência, embora não seja esta a mensagem veiculada pela norma que orienta a aplicação deste critério.<sup>66</sup> A Lei, contudo, não menciona “compensação” ou “efeitos líquidos não negativos”, inovando o Guia, neste ponto, em relação ao dispositivo legal específico.

A justificativa lógica por trás desse singelo exercício de sopesamento de custos e benefícios é dada pela evolução da teoria econômica ao longo das décadas: fusões e aquisições, acredita-se, são capazes de produzir ganhos para a sociedade, na

---

<sup>66</sup> Notável análise sobre o tema da incorporação das eficiências na análise de concentrações nos Estados Unidos pode ser encontrada em KOLASKY, W. e DICK, A. R. *The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies Into Antitrust Review Of Horizontal Mergers in Antitrust Law Journal*, n. 71 (janeiro de 2003), também disponível em <https://www.justice.gov/archives/atr/merger-guidelines-and-integration-efficiencies-antitrust-review-horizontal-mergers>. De modo mais geral sobre a análise de eficiências no contexto de concentrações econômicas, cite-se WILLIAMSON, O. E: *Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Trade-offs in American Economic Review*, n. 58 (1968), FISHER, A.A. e LANDE, R. H. *Efficiency Considerations in Merger Enforcement*, 71 Cal. L. Rev. 1580 (1983), disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol71/iss6/1>. Sobre o tema também cabe citar RÖLLER, L. et al. *Efficiency Gains from Mergers*, disponível em [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency\\_gains.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency_gains.pdf)

forma de reduções de custos (e.g., substituição de uma má-gestão por uma mais apta, ganhos de escala etc.) que tornam o funcionamento da economia mais eficiente (produz-se mais com menos recursos); às vezes, esses ganhos podem ser tão significativos que são capazes de compensar uma limitação da concorrência.

A condição legal para a validade deste tipo de argumento, contudo, requer a comprovação de dois elementos distintos: de um lado, aqueles associados efetivamente às “reduções de custos”, conforme as alíneas do inciso I do citado § 6º, e, de outro, que aos consumidores sejam repassados os ganhos decorrentes dessa redução. Como (pela primeira vez) reconhece o Guia<sup>67</sup>, o juízo sobre ambos os elementos é de difícil mensuração e bastante incerto, já que se trata – da mesma forma que no campo das análises de entrada e rivalidade – também de exercício prognóstico envolvendo a identificação e quantificação das formas pelas quais a empresa resultante da operação reduziria custos ou melhoraria a qualidade e, mais do que isso, de que forma “parte relevante” destes benefícios poderia ser repassada aos consumidores.

Mais uma vez se está diante de um exercício teórico de perspectivas, agora de ganhos inicialmente privados, pós-concentração, realizadas com dados obtidos no momento pré-concentração, dessa vez colocado integralmente pelo Guia e pelo próprio CADE inteira e exclusivamente às partes<sup>68</sup>. O Guia tenta delimitar os problemas probatórios e de causalidade da análise das eficiências com base em alguns critérios: os benefícios devem ser “prováveis, verificáveis e específicos”, afastando-se juízos “genéricos” ou “especulativos” sobre as reduções de custos.

Para além da notável diferença de critérios de julgamento – afinal, toda a análise prognóstica preconizada pelo Guia deveria ser provável, verificável e específica, vedando-se juízos especulativos ou genéricos, independentemente se o argumento aproveita apenas às partes da concentração ou não, Guia busca deixar claro, na esteira da prática do CADE e das demais autoridades de defesa da concorrência ao

---

<sup>67</sup> Veja-se: “Trata-se de uma projeção, por vezes, de difícil mensuração, com elevado grau de incertezas, que comumente depende de vários fatores e que pode ou não se concretizar, em maior ou menor grau.”

<sup>68</sup> Confira-se votos nos Atos de Concentração nº 08012.001697/2002-89 e nº 08012.004423/2009-18.

redor do mundo<sup>69</sup>, que incumbe às partes, que dispõem das informações relevantes para tal “defesa” da concentração. Evidentemente, trata-se de ônus do qual raramente as partes são capazes de se desincumbir a contento.

*d. Breve síntese*

Observa-se, do exposto acima, que a metodologia tradicional de análise, embora seja instrumento mínimo de previsibilidade e segurança jurídica, traduzindo as regras de experiência adotadas pela autoridade no exame das concentrações econômicas, é necessariamente “*fact intensive*” em todas as suas etapas, destacando a essencialidade de uma discussão informada a respeito desse tema, em especial quanto ao ônus probatório aplicável.

Em outros termos: a aplicação do algoritmo previsto no Guia – mesmo em se tratando de uma tentativa de simplificação de questões de difícil resolução em seus aspectos estritamente técnicos – não é trivial, até mesmo em virtude das questões probatórias colocadas para cada um dos elementos ali previstos (seja em termos de *meio*, seja em termos de *ônus* de prova). Impõem-se, pois, que se desenvolvam análises mais aprofundadas de forma a assegurar o controle da atividade estatal neste ponto, quanto à produção da prova e à respectiva argumentação da decisão jurídica adotada com base nessa prova.

De toda sorte, a existência do Guia, e a aderência à sua metodologia pela autoridade, resolvem, pelo menos em parte, o problema da indeterminação dos conceitos de proibição previstos no art. 88, § 5º, da Lei n. 12.529/2011, sendo instrumento útil de incorporação da evolução da teoria econômica reconhecida pela comunidade científica ao Direito, tornando a Lei e a decisão jurídica menos sujeita a voluntarismos ou elementos alheios à proteção da concorrência.

---

<sup>69</sup> Cf. OECD Policy Roundtables (1995). *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2379526.pdf>: “Only if competitive concerns are present are efficiencies evaluated as a possible offset to the anticompetitive effects, and the burden of establishing the existence and magnitude of the efficiencies usually falls upon the parties to the merger. There are at least two reasons for this two-step approach. First, it is considered quite difficult to identify and quantify efficiencies prospectively. Competition agencies will not undertake the task unless it is necessary. Second, it is obvious that the parties to the merger, and not the competition authority, have the better access to the facts relevant to an efficiencies claim. Thus, the burden of going forward with evidence of efficiencies, if not the ultimate burden of proof, lies with the parties.”



#### **4 A experiência Internacional**

O Guia brasileiro, mesmo em sua versão de 2001, tem nítida inspiração no similar adotado pelas autoridades estadunidenses, o que é relativamente usual. Da mesma forma, a experiência da União Europeia com o tema, de matriz jurídica mais próxima do Direito continental, mais consolidada do que a nacional, parece informar a aplicação da legislação de defesa da concorrência e da metodologia tradicional de análise no Brasil.

Nesse contexto, ainda que longe de determinante, o exame da experiência dos Estados Unidos, de um lado, e da União Europeia, de outro, pode também ser útil para o debate, considerando que as questões econômicas colocadas, lá e cá, são – ou deveriam ser – muito semelhantes àquelas enfrentadas por aqui. Também o texto legal das normas de mérito sobre o controle de concentrações – a estadunidense e a europeia – são bastante próximos, respeitadas as diferenças inerentes aos distintos ordenamentos jurídicos e ao texto legal vigente aqui, em especial no que diz respeito às condições de autorização ou reprovação de um negócio.

É o exame que se passa a fazer, com o objetivo de contextualizar a discussão no que trata a lei brasileira e a pretensão de delinear os aspectos referentes à prova na análise das concentrações econômicas. Destaque-se que não se está aqui a propor que as soluções jurídicas e avaliações econômicas adotadas por esses dois ordenamentos devam ser importados ao Direito brasileiro sem qualquer ressalva; pelo contrário, há particularidades e características, no Direito local e na própria realidade econômica, que demandam cautela quanto a qualquer tentativa de tropicalização das experiências internacionais. Não obstante, nem que seja pelo caráter histórico do desenvolvimento do direito nessas outras jurisdições, há elementos que podem contribuir para que se tenha uma visão ampla dos desafios existentes.

Note-se também que não se quer exaurir toda a extensa literatura e todas as implicações relacionadas às decisões citadas nesses dois países, pois isto fugiria ao escopo desta breve análise de Direito Comparado aqui pretendida; no que foi possível, apontam-se os principais textos e referências para posterior aprofundamento nessas discussões. Nessa linha, a profusão de citações nas seções

subsequentes faz-se necessária, como recurso metodológico, para que seja possível reproduzir textualmente o raciocínio dos tribunais e autoridades estrangeiros e permitir a adequada contextualização, teórica e histórica, que se pretende fazer.

#### 4.1 *Clayton Act, United States v. Philadelphia National Bank* e discussões subsequentes

O histórico do antitruste nos Estados Unidos já foi discutido no Brasil no passado, mas convém dar foco a uma parte deste histórico no que diz respeito ao controle de concentrações; este foco é necessário para destacar que ali opera *explicitamente* uma presunção relativa, de cunho estrutural, contra as concentrações econômicas, ainda que mitigada pela jurisprudência ao longo das décadas.

Segundo aponta a literatura especializada<sup>70</sup>, os congressistas estadunidenses da primeira década do século XX não receberam bem a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que, de uma certa forma, temperou a aplicação da então recém-promulgada lei antitruste (o célebre *Sherman Act*) com o que se convencionou chamar de *reasonableness analysis*. Em 1914, então, foi promulgada legislação específica, direcionada a impedir a “aquisição anticompetitiva de concorrentes”, incluindo a chamada “Seção 7” ao *Clayton Act*; de tão específica, contudo, tal lei tornou-se letra morta, já que, dentre outras falhas, não tinha dentro de seu escopo negócios jurídicos envolvendo bens e direitos, apenas a aquisição de participações societárias.

Então, em 1950, foi promulgada a alteração batizada de *Celler-Kefauver Amendments*, que modificou a Seção 7 do *Clayton Act*. Principalmente em função dessa alteração, tem-se a seguinte redação para o dispositivo em questão, proibindo aquisições de bens ou de ações “*where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, **the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.***”

---

<sup>70</sup> HOVENKAMP, H. et. al. *Antitrust Law: Policy and Procedure: Cases and Material*, 7ª ed. St. Paul: West Publishing, 2014.

Com base nessas alterações legislativas (*Celler-Kefauver Amendments*) foram decididos<sup>71</sup> dois casos fundamentais para a conformação atual das próprias instituições de controle de concentração nos Estados Unidos, o caso *Brown Shoe*<sup>72</sup>, em 1962, e o caso *Philadelphia National Bank*<sup>73</sup>, em 1963.

O caso *Brown Shoe* tratava da fusão entre um varejista de sapatos (*Kinney*), oitavo concorrente em valor de vendas, e o fabricante de sapatos líder do setor, que também atuava como um grande varejista (*Brown Shoes*). O tribunal *a quo* havia decidido em favor do governo estadunidense, que buscava impedir a fusão, e as empresas então levaram o caso à Suprema Corte, que, mesmo revendo a fundamentação do acórdão recorrido, manteve a decisão contrária à fusão.

Se é verdade que esse caso é especialmente importante pela minúcia com que a Suprema Corte tratou de temas concernentes à definição de mercado relevante e pela sua inusitada – de acordo com a visão prevalecente na literatura especializada atual – posição contrária às eficiências econômicas decorrentes de ganhos de escala, outros dois pontos dessa decisão são relevantes para a investigação aqui realizada.

Primeiro, o reconhecimento de que a Seção 7 do *Clayton Act* tratava do exame de probabilidades, e não de certezas, quanto ao exame dos efeitos das concentrações

---

<sup>71</sup> Na verdade, essa alteração resultou em uma avalanche de casos em comparação com o número anterior de casos: “**As revised, section 7 of the Clayton Act is central to modern antitrust enforcement. The revision’s immediate success in fixing loopholes in the original section 7 can be seen by comparing enforcement statistics. Prior to 1950, companies could structure anticompetitive acquisitions as asset acquisitions or mergers, and thus escape Clayton Act liability. Consequently, there were relatively few successful section 7 challenges. During the whole period between the original Clayton Act’s passing in 1914 and section 7’s amendment in 1950, the government filed a mere sixteen (or so) cases under Clayton section 7, or less than one every two years. After the amendment, the rate of section 7 challenges dramatically accelerated: In the decade following the amendment, the government brought twenty-seven such cases, or nearly three a year.**” BAER, B. *Clayton Act 100<sup>th</sup> Anniversary Symposium* (2014), disponível em <https://www.justice.gov/opa/speech/remarks-assistant-attorney-general-bill-baer-american-bar-association-clayton-act-100th> [grifado].

<sup>72</sup> Caso 370 U.S. 294 (1962).

<sup>73</sup> Caso 374 U.S. 321 (1963).



econômicas, citando o histórico dos debates legislativos à época<sup>74</sup>. Isto evidencia o caráter prognóstico intrínseco ao exame de fusões e aquisições.

Segundo, e mais relevante, é a afirmação – alinhada ao desenvolvimento do paradigma estrutura-conduta-desempenho vigente à época<sup>75</sup> – no sentido de que a participação de mercado resultante da fusão sob exame é “um dos mais importantes fatores a serem considerados quando da determinação dos prováveis efeitos da combinação sobre a efetiva concorrência no mercado relevante”.

Esse entendimento foi repetido nessa mesma decisão, nos termos a seguir transcritos, cuja clareza evidencia que, mesmo à época reconhecia-se, na esteira dos debates legislativos, a necessidade de que os dados de participação de mercado fossem devidamente cotejados com as particularidades da dinâmica da competição daquele setor específico:

*[...] both the Federal Trade Commission and the courts have, in the light of Congress' expressed intent, the relevance and importance of economic data that places any given merger under consideration within an industry framework almost inevitably unique in every case. **Statistics reflecting the shares of the market controlled by the industry leaders and the parties to the merger are, of course, the primary index of market power;** but only a further examination of the particular market – its structure, history and probable future – can provide the appropriate setting for judging the probable anticompetitive effect of the merger. [Grifado]*

Em um intervalo de pouco mais de um ano, a Suprema Corte estadunidense decidiu novo caso paradigmático. O caso *Philadelphia National Bank* trata de ação judicial movida, no início da década de 1960, pelo governo estadunidense para impedir a fusão entre duas instituições financeiras (o Philadelphia National Bank e o Girard Trust Corn Exchange Bank), com base na Seção 1 do *Sherman Act* e na Seção 7 do *Clayton Act*. A Suprema Corte decidiu, ao final do processo, que a fusão infringia a Seção 7 do *Clayton Act*, por entender que tal negócio limitaria substancialmente a

<sup>74</sup> A decisão, em nota, reproduz o seguinte trecho dos debates legislativos à época: “*The use of these words ('may be') means that [the act] would not apply to the mere possibility but only to the reasonable probability [...] The concept of reasonable probability conveyed by these words is a necessary element in any statute which seeks to arrest restraints of trade in their incipiency ... A requirement of certainty and actuality of injury to competition is incompatible with any effort to supplement the Sherman Act by reaching incipient restraints*”.

<sup>75</sup> BOK, D. *Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics* in Harvard Law Review, vol. 74, no. 2, 1960, pp. 226–355, disponível em [www.jstor.org/stable/1338755](http://www.jstor.org/stable/1338755).

concorrência no mercado de bancos comerciais na região metropolitana da cidade de Philadelphia e em quatro condados a ela contíguos.

Os dois bancos participantes da fusão já eram resultado de concentrações anteriores:

*since 1950, PNB has acquired nine formerly independent banks and Girard six; and these acquisitions have accounted for 59% and 85% of the respective banks' asset growth during the period, 63% and 91% of their deposit growth, and 12% and 37% of their loan growth.*

O governo alegava, em suma, que a concentração dos dois bancos – PNB e Girard – reduziria a concorrência, principalmente com base em provas estatísticas sobre a estrutura de mercado e testemunhos de economistas e banqueiros; os bancos participantes da fusão, por sua vez, defenderam-se com base em testemunhos de outros banqueiros no sentido de que o banco resultante da fusão, com maior prestígio e maior capacidade de empréstimo, estaria mais bem posicionado para concorrer com outros bancos de maior porte, principalmente os nova-iorquinos, o que atrairia maiores negócios para a Philadelphia, e, de modo geral, promoveria o desenvolvimento econômico daquela região metropolitana.

A Suprema Corte, sopesando os argumentos das partes, concluiu que a fusão resultaria em um único banco controlando cerca de 30% do mercado, e prossegue: “*without attempting to specify the smallest market share which would still be considered to threaten undue concentration, we are clear that 30% presents that threat*”. Mais importante do que isto, contudo, a Suprema Corte, ao examinar este caso, fez o seguinte apontamento:

*This intense congressional concern with the trend toward concentration warrants dispensing, in certain cases, with elaborate proof of market structure, market behavior, or probable anticompetitive effects. **Specifically, we think that a merger which produces a firm controlling an undue percentage share of the relevant market, and results in a significant increase in the concentration of firms in that market, is so inherently likely to lessen competition substantially that it must be enjoined in the absence of evidence clearly showing that the merger is not likely to have such anticompetitive effects.** [Grifado]*

Ou seja, a partir desta decisão de 1963 e na esteira da decisão do caso *Brown Shoes*, a Suprema Corte passou a interpretar a lei que tratava da análise de concentrações de forma bastante restritiva – diante de um caso cuja participação de

mercado combinada das partes envolvidas na fusão estava em cerca 30% – invocando a existência de uma presunção, baseada em um *juízo de probabilidades*: incrementos significativos de concentração de mercado são tão inerentemente mais propensos a limitar substancialmente a concorrência que devem ser impedidos, exceção feita àqueles casos em que houver prova a demonstrar claramente que a fusão provavelmente não tem (“*is not likely*”) tais efeitos anticompetitivos.

Trata-se não apenas de uma inversão do ônus da prova visando a facilitar a acusação, com base em um argumento concernente apenas à estrutura do mercado, mas de uma inversão “qualificada”, vinculada a um *standard* probatório específico; o raciocínio é de que a teoria econômica é sólida, então o ônus da prova em sentido contrário é elevado (a decisão pede prova que demonstre claramente – “*clearly showing*” – que os efeitos anticompetitivos são improváveis).<sup>76</sup>

Tal presunção foi, de uma certa forma, temperada por decisões subsequentes, como o caso *General Dynamics*<sup>77</sup>, em 1974, e o caso *Baker Hughes*<sup>78</sup>, em 1990, entre outros, mas ainda permanece válida no Direito estadunidense. Cabe explorar com mais vagar a argumentação em cada um desses casos para evidenciar a atual versão dessa presunção.

Na decisão do caso *General Dynamics*, a Suprema Corte estadunidense, por maioria apertada, reconheceu decisão de instância anterior, decidindo que as informações estatísticas sobre a participação de mercado das mineradoras de carvão que pretendiam realizar a fusão contestada pelo governo estadunidense – fusão esta que resultava em uma participação de mercado combinada de cerca de 25% – não

---

<sup>76</sup> Cf. o caso *Von's Grocery Co.*, (384 U.S. 270, 1966): “*the Court further emphasized the weight of a defendant's burden. Despite evidence that a post-merger company had only a 7.5% share of the Los Angeles retail grocery market, the Court, citing anticompetitive ‘trends’ in that market, ordered the merger undone. The Court summarily dismissed the defendants’ contention that the post-merger market was highly competitive. [...] Noting that the market was ‘marked at the same time by both a continuous decline in the number of small businesses and a large number of mergers,’ the Von's Grocery Court predicted that, if the merger were not undone, the market ‘would slowly but inevitably gravitate from a market of many small competitors to one dominated by one or a few giants, and competition would thereby be destroyed’*”.

<sup>77</sup> 415 U.S. 486 (1974).

<sup>78</sup> 908 F.2d 981 (D.C. Cir. 1990).

seriam suficientes para dar ensejo à limitação substancial da concorrência no caso concreto.

Essa decisão teve por base, em linhas gerais, o entendimento de que tais informações não correspondiam à real dinâmica do mercado analisado, em função de pelo menos quatro diferentes fatores: o declínio do número de produtores (e conseqüente aumento da concentração) em função de alterações na demanda pelo produto; a natureza complementar das atividades das partes; os erros de cálculo nas participações de mercado; e as reservas de exploração e os contratos de uma das partes mostravam não ser ela capaz de manter a mesma participação de mercado ao longo do tempo (*i.e.*, sua força competitiva, no futuro, seria menor do que indicava sua participação de mercado passada).

O julgamento do caso *General Dynamics*, em um certo sentido, reafirma a presunção do caso *Philadelphia National Bank*, já que houve, afinal, a confirmação de que havia provas em sentido contrário à presunção estabelecida via participação de mercado no caso concreto, mas se entendeu serem aquelas suficientes para afastar esta.<sup>79</sup>

Na decisão do caso *Baker Hughes*, o Tribunal do Distrito de Columbia assim resumiu a dinâmica probatória vigente em função do precedente *Philadelphia National Bank* da seguinte forma, logo no início da decisão que negou provimento à apelação do governo estadunidense.

*The basic outline of a section 7 horizontal acquisition case is familiar. By showing that a transaction will lead to undue concentration in the market for a particular product in a particular geographic area, the government establishes a presumption that the transaction will*

---

<sup>79</sup> O voto vencido do Ministro Douglas é, neste ponto, digno de nota em sua conclusão, pois entende que a instância anterior deixou de aplicar standards de análise adequados sobre a matéria probatória, e que a confirmação da decisão anterior somente justificaria uma “pré-disposição enraizada” do Judiciário contra a Seção 7 do Clayton Act: “*On the basis of a record so devoid of findings based on correct legal standards, the judgment may not be affirmed except on a deep-seated judicial bias against 7 of the Clayton Act. We should remand the case to the District Court ... We should direct the court to make findings of respective market shares, and further to evaluate United Electric's viability as an independent producer or as the possible "acquire" of a company other than General Dynamics as of 1959, in light of the strict standards applicable to the failing-company defense. Since we abdicate our duty for responsible review and accept the mere conclusion that no 7 violation is established on the basis of a record with none of these necessary findings, I dissent from the affirmance of the District Court's judgment*”.

*substantially lessen competition. [...] The burden of producing evidence to rebut this presumption then shifts to the defendant. [...] If the defendant successfully rebuts the presumption, the burden of producing additional evidence of anticompetitive effect shifts to the government, and merges with the ultimate burden of persuasion, which remains with the government at all times. [Notas omitidas]*

O governo, autor da ação, pretendia que o tribunal revisitasse o *standard* probatório adotado pela decisão *a quo*, para concluir que as empresas resultantes da fusão não se desincumbiram do ônus de provar que esta provavelmente não iria gerar efeitos anticompetitivos. Mais especificamente, o governo buscava junto ao Tribunal *ad quem* o reconhecimento de que a prova a ser produzida contra a presunção estrutural evidenciasse ser a entrada de novos concorrentes “fácil e efetiva”, pois o juízo *a quo* havia decidido ser suficiente apenas a prova de que a entrada era “provável” no mercado em questão.

O entendimento exposto neste julgado é especialmente relevante para a investigação que se quer fazer, pois afirma expressamente que os réus (as empresas que planejam a fusão) devem demonstrar que as alegações iniciais do autor (o governo), baseadas em dados de participações de mercado, não procedem; *i.e.*, o julgado expressamente expõe, novamente reiterando a presunção estrutural consagrada em 1963, que cabe aos réus demonstrar que as participações não preveem de forma precisa os prováveis efeitos da fusão em questão sobre a concorrência futura.

Mais do que isto, o julgado afirma, quanto mais contundentes as alegações iniciais do governo – do que se pode depreender, quanto menos incontroversa a definição de mercado relevante e maior a participação combinada das empresas –, mais provas ainda os réus devem produzir para refutar a presunção estrutural que pesa a favor do governo, seja demonstrando porque a fusão não limita substancialmente a concorrência, seja demonstrando que os dados utilizados pelo governo não são corretos.

Digno de nota, o acórdão aponta que a Seção 7 do Clayton Act dá aos julgadores a hesitante tarefa (“*uncertain task*”) de tratar de probabilidades: neste contexto, a alocação do ônus da prova assume especial importância. Os julgadores então explicam que, ao deslocar o ônus probatório, a lei permite que as partes apresentem prognoses concorrentes sobre os efeitos de um dado negócio jurídico. Se o ônus

imposto aos réus for demasiado, isto implica que caberá exclusivamente a eles convencer (*persuade*)<sup>80</sup> o “juiz dos fatos” sobre o elemento central do julgamento.

Especialmente perigoso, então, seria atribuir um ônus exacerbado aos réus quando o governo pode desincumbir-se facilmente do ônus probatório ao apresentar dados estatísticos de participação de mercado. O acórdão então conclui:

*To allow the government virtually to rest its case at that point, leaving the defendant to prove the core of the dispute, would grossly inflate the role of statistics in actions brought under section 7. The Herfindahl-Hirschman Index cannot guarantee litigation victories. [...] Requiring a "clear showing" in this setting would move far toward forcing a defendant to rebut a probability with a certainty.*  
[Grifado]

Observa-se, pois, que o tribunal buscou neste caso evidenciar a necessidade de que os julgadores devem temperar a presunção estrutural do caso *Philadelphia National Bank* com o ônus probatório imposto aos réus, não podendo o *standard* de “*clear showing*” ser aplicado da mesma forma para todos os diferentes casos, sob pena de exigir-se certeza (algo impossível em relação ao futuro, como já dito) para contrapor meras probabilidades. Voltar-se-á a esse debate sobre o *standard* probatório em seções subsequentes deste trabalho.

Posta essa evolução da interpretação dos tribunais norte-americanos sobre os precedentes decorrentes dos casos *Brown Shoe* e *Philadelphia National Bank*, verifica-se que os estudiosos parecem mais elogiar a existência de uma presunção na análise de concentrações econômicas do que efetivamente criticar essa existência. A título de exemplo desses elogios, veja-se o seguinte comentário feito por representante do governo estadunidense – chefe adjunto da procuradoria daquele país – em 2014:

---

<sup>80</sup> Na doutrina e na prática processual brasileira, não parece haver a distinção – existente na *Common Law* de forma geral e no estadunidense de forma específica – entre o ônus probatório e o ônus “de convencimento”. Este último parece caminhar na maioria das vezes com o primeiro, mas está mais relacionado com o próprio *standard* probatório; isto é, se a prova apresentada sobre determinado fato é *suficiente* para provar o fato consoante o argumento. A literatura sobre o tema é extensa e o tema, embora relacionado, foge do escopo desta investigação, mas cite-se como referência, por exemplo, os trabalhos de JAMES JR., F. *Burdens of Proof*, 47 Va. L. Rev. 51 (1961), disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4121&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4121&context=fss_papers). e de MCNAUGHTON, J. *Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion in Harvard Law Review*, vol. 68, no. 8, 1955, pp. 1382–1391, disponível em, [www.jstor.org/stable/1337319](http://www.jstor.org/stable/1337319).

*[...] the decision of United States v. Philadelphia National Bank set up a more workable structure to implement the incipency inquiry in the context of horizontal mergers.*

*[...] Where the merged firm would gain an especially large share of the market, and potentially an enhanced ability to control output and price – or market power – courts should be less tolerant of the merger. [...] The presumption – grounded in economics – serves as a useful screen for courts that are not experts at determining the anticompetitive effects of a merger. And the likelihood of any error is reduced by allowing defendants the opportunity to rebut the presumption.<sup>81</sup>*

Trata-se, em suma, de um argumento baseado principalmente no fato de que a presunção estrutural permite a adoção de critérios de julgamento – “máximas de experiência”? – simplificados (“*a more workable structure*”), em um sistema que permite, mediante o exame das provas em sentido contrário, assegurar menos erros de julgamento em uma matéria complexa e que envolve o exame prognóstico, de probabilidades.

Nessa linha, para alguns a presunção com base apenas em participações de mercado foi o marco inicial de uma evolução: presunções são necessárias para permitir o exame dos efeitos das concentrações econômicas, mas elas não necessariamente devem basear-se em participações de mercado. Nas palavras de Salop: “*looking forward, merger presumptions should be neither abandoned nor set in stone; instead, they should be permitted to continue to evolve, based on new or additional economic factors besides market share and concentration*”.<sup>82</sup>

Mesmo os críticos à presunção estrutural cristalizada na decisão do caso *Philadelphia National Bank* reconhecem a pertinência da adoção de presunções no exame de concentrações, embora critiquem fortemente o conteúdo econômico da presunção de que participações de mercado combinadas da ordem de 30% correspondem a maior probabilidade de efeitos anticompetitivos:

*The claim that the PNB presumption reduces either type of error is not plausible, however, unless economic theory and empirical*

---

<sup>81</sup> BAER, B. *op. cit.* Vide, também, SALOP, S. *The evolution and vitality of merger presumptions: a decision-theoretic approach* e CARSTENSEN, P. *The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World*, ambos em *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 2 (2015).

<sup>82</sup> SALOP, S. *op. cit.*

*evidence provide a reliable analytical link between mergers above the presumption threshold and anticompetitive effects...*

*Our primary purpose here is to establish that the PNB presumption is devoid of economic support and has perverse effects upon agency enforcement policy and antitrust law. A presumption may be fully appropriate if it is grounded in well-accepted economic theory and provides the basis for sound and verifiable predictions of competitive effects. Such a presumption might identify mergers highly likely to be procompetitive or mergers highly likely to harm competition.<sup>83</sup>*

De todo modo, a adoção da presunção estrutural pela jurisprudência estadunidense, em 1963, e as posteriores decisões que a modularam e a ajustaram às teorias econômicas mais bem aceitas pela comunidade científica atual (“*effects-based antitrust*”, por assim dizer), influenciou fortemente a metodologia de análise construída e divulgada pelas autoridades responsáveis pela aplicação da legislação pertinente e nas quais a própria metodologia brasileira buscou inspiração direta.

A simples comparação dos objetivos anunciados pelas diversas versões dos guias de análise do Departamento de Justiça dos Estados Unidos é bastante reveladora, em princípio, do papel preponderante da presunção estrutural na versão do guia de 1968, e da sua constante evolução até a versão do guia do ano de 2010, na qual ainda permanece, embora obscurecida por diversos outros elementos incorporados à análise de concentrações econômicas em virtude dos avanços da teoria econômica.

Veja-se que, em 1968, o guia deixava evidente sua preocupação central com as estruturas de mercado:

*[...] the primary role of Section 7 enforcement is to preserve and promote market structures conducive to competition [...] [c]hiefly because the conduct of the individual firms in a market tends to be controlled by the structure of that market, i.e., by those market conditions which are fairly permanent or subject only to slow change [...] Moreover, not only does emphasis on market structure generally produce economic predictions that are fully adequate for the purposes of a statute [...] but [ultimately] also facilitates both enforcement decision-making and business planning.*

---

<sup>83</sup> GINSBURG, D. H e WRIGHT, J. D. *Philadelphia National Bank: Bad Economics, Bad Law, Good Ridance in Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 2 (2015).



Tamanha preocupação com as estruturas de mercado nesta versão do guia, evidentemente, resultava em um foco primordial nas participações de mercado, e pouco era dito sobre outros elementos:

*[...] the Department accords primary significance to the size of the market share held by both the acquiring and the acquired firms. [...] The larger the market share held by the acquired firm, the more likely it is that the firm has been a substantial competitive influence in the market or that concentration in the market will be significantly increased. The larger the market share held by the acquiring firm, the more likely it is that an acquisition will move it toward, or further entrench it in, a position of dominance or of shared market power.*

A versão de 1982 do Guia, por sua vez, reflete o amadurecimento da teoria econômica e o contínuo afastamento das premissas do paradigma estrutura-conduta-desempenho, dando foco ao conceito de poder de mercado e ressaltando a necessidade de preservar o “grande universo de fusões que concorrencialmente benéficas ou neutras”:

*The unifying theme of the Guidelines is that mergers should not be permitted to create or enhance "market power" or to facilitate its exercise. [...] Although they sometimes harm competition, mergers generally play an important role in a free enterprise economy [...] While challenging competitively harmful mergers, the Department seeks to avoid unnecessary interference with that larger universe of mergers that are either competitively beneficial or neutral.*

Nessa linha, a versão de 1982 do guia evidencia que a estrutura de mercado ainda é foco da análise, embora não necessariamente fator determinante do resultado. Nas palavras do guia:

*Market concentration is a function of the number of firms in a market and their respective market shares. Other things being equal, concentration affects the likelihood that one firm, or a small group of firms, could successfully exercise market power. [...] In [horizontal mergers], **the Department will focus first on the post-merger concentration of the market and the market shares of the merging firms.** In some cases with low post-merger market concentration and/or market shares, the Department will be able to determine without a detailed examination of other factors that the merger poses no significant threat to competition. In other cases, however, the Department will proceed to examine a variety of other factors relevant to that question. [Grifado]*

Já a versão de 1992, revista em 1997, parece afastar-se mais ainda do foco estrutural, estabelecendo textualmente que uma fusão é incapaz de criar ou reforçar o poder de mercado, ou facilitar seu exercício, a menos que ela incremente a

concentração de forma significativa e resulte em um mercado, devidamente definido e mensurado, concentrado. Inclusive, essa versão do guia afirma que “*market concentration is a useful indicator of the likely potential competitive effect of a merger*”, praticamente apagando a “visão estruturalista” prevalecente na década de 1960 – de indicador determinante (1968) a foco (1982), as participações de mercado passaram a ser apenas indicadores úteis (1997).

Curioso, contudo, que a versão de 1997 do guia chega a confirmar, *contrario sensu*, que a presunção estrutural ainda permeia a estrutura de análise: “*mergers that either do not significantly increase concentration or do not result in a concentrated market ordinarily require no further analysis*”<sup>84</sup>.

A versão de 2010 do guia de análise, por sua vez, marca uma ruptura definitiva com as versões anteriores do guia neste ponto. Com efeito, essa versão dá ênfase à incerteza inerente ao dispositivo legal que determina a necessidade de visualização de efeitos futuros de uma dada fusão sobre a concorrência. Na linguagem do guia:

*Most merger analysis is necessarily predictive, requiring an assessment of what will likely happen if a merger proceeds as compared to what will likely happen if it does not. Given this inherent need for prediction, these Guidelines reflect the congressional intent that merger enforcement should interdict competitive problems in their incipiency and that certainty about anticompetitive effect is seldom possible and not required for a merger to be illegal.*

Nessa esteira, o Guia passa a incluir as participações de mercado (e o índice de concentração) como apenas mais um dos tipos de prova de efeitos negativos de fusão sobre a concorrência; o guia, inclusive, afirma textualmente que qualquer meio de prova disponível e confiável é capaz de responder à questão sobre a probabilidade de uma fusão reduzir a concorrência, e lista uma série de meios que podem ser utilizados para provar o caráter anticompetitivo de uma dada fusão para além dos dados de participação: efeitos decorrentes de fusões anteriores no mesmo

---

<sup>84</sup> Não obstante, essa versão do guia ressalva que não pretende alocar ônus probatório ou argumentativo, deixando claro que tais ônus foram fixados pelos precedentes. O que não é nada surpreendente considerando que as autoridades que editam o guia de análise também são responsáveis, dentro de suas competências, por ajuizar as ações contrárias às fusões. Vale reproduzir, de toda forma, o que texto neste ponto: “*Consistent with their objective, the Guidelines do not attempt to assign the burden of proof, or the burden of coming forward with evidence, on any particular issue. Nor do the Guidelines attempt to adjust or reapportion burdens of proof or burdens of coming forward as those standards have been established by the courts.*” [Notas omitidas].

mercado, comparações empíricas diretas (“experimentos naturais”), proximidade do posicionamento de mercado das empresas participantes da fusão, posicionamento muito agressivo ou desestabilizador (“*disruptive*”) de uma das empresas participantes da fusão etc.

Sobre a concentração de mercado, com uma série de qualificações, reforça-se o papel distinto deste elemento na análise segundo o guia, em sua versão de 2010, e em sua versão de 1968: “*market shares may not fully reflect the competitive significance of firms in the market or the impact of a merger. They are used in conjunction with other evidence of competitive effects.*”

Isto, contudo, não implica dizer que a versão de 2010 do Guia eliminou o papel central das participações de mercado ou do nível de concentração resultante de uma dada fusão no bojo da análise; ainda que reconheça que a definição destes não seja um fim em si mesmo (como foi no passado, consoante destacado anteriormente), o Guia reconhece ser este exercício “útil para iluminar os prováveis efeitos concorrenciais da fusão” e que a “avaliação das alternativas competitivas disponíveis aos clientes seja sempre necessária em algum ponto da análise”.

Além disso, e mais importante, o guia de 2010 é claro ao estabelecer que fusões em mercados altamente concentrados geram aumento de poder de mercado, em uma presunção relativa que somente pode ser afastada com base em provas contundentes (“*persuasive evidence*”) em sentido contrário.

Feito este apanhado histórico, tem-se, pois, à guisa de conclusão, que, no Direito estadunidense, as participações de mercado resultante de uma dada fusão continuam operando – mesmo que em conjunto com outras formas de identificação de meios de “eliminação substancial da concorrência” – *explicitamente* como um elemento que autoriza a adoção de uma presunção relativa, de cunho estrutural, contra as concentrações econômicas. O que distingue o entendimento desta presunção, na década de 1960 e atualmente, está tanto nos níveis de concentração de mercado que disparam essa presunção quanto na admissibilidade de provas e argumentos em sentido contrário (entrada, irrelevância das participações de mercado, falta denexo causal etc.).

## 4.2 A experiência europeia nos anos 2000

No âmbito do Direito europeu – *i.e.*, o ordenamento jurídico vigente no âmbito da União Europeia – há precedentes importantes a jogar luz sobre o ônus da prova, o *standard* probatório e os limites da revisão judicial das decisões da Comissão Europeia<sup>85</sup>, no que toca à análise de concentrações por aquele órgão.

Como forma assegurar melhor entendimento de tais precedentes, vale o apontamento de que, *grosso modo*, a atuação da Comissão Europeia se assemelha mais ao modelo institucional brasileiro de defesa da concorrência do que o modelo estadunidense.

Enquanto neste último as autoridades têm, em último caso, de ir ao Poder Judiciário<sup>86</sup> para obter uma decisão de proibição de uma dada concentração, as decisões da Comissão Europeia, a exemplo do que acontece com o CADE, são dotadas de uma presunção de legitimidade e auto-executoriedade, impedindo, se nesse sentido, a consumação de negócios jurídicos independentemente de decisão judicial. Como resultado dessa estrutura institucional<sup>87</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) fiscaliza a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; empresas e indivíduos que acreditam terem tido seus direitos infringidos pela Comissão Europeia podem pedir a anulação de tal ato<sup>88</sup>.

Neste contexto, apresentar-se-ão quatro decisões paradigmáticas do TJUE quanto ao controle de concentrações exercidos pela Comissão Europeia, todas elas proferidas na primeira década dos anos 2000, pois estas tratam exatamente dos

---

<sup>85</sup> Órgão executivo e politicamente independente, responsável por zelar pelo cumprimento do Direito europeu.

<sup>86</sup> Em especial no caso do *Department of Justice*; no caso da *Federal Trade Commission*, há um modelo híbrido, muito embora o Judiciário também seja acionado cautelarmente para sustar a consumação de certos negócios enquanto a análise administrativa não é concluída. Confira-se o disposto em <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/premerger-notification-and-merger>, descrevendo o processo: “Unless the [FTC] takes some action that results in a court order stopping the merger, the parties can close their deal at the end of the waiting period.”

<sup>87</sup> Em que o Poder Executivo é responsável pelo julgamento sobre a “compatibilidade” das concentrações econômicas com o “mercado comum europeu”.

<sup>88</sup> Cf. SIRAGUSA, M. Judicial review of competition decisions under EC law (2004); cf., também, LEDDY, M. et al. *Transatlantic Merger Control: The Courts and the Agencies in Cornell International Law Journal*, v. 43 (2010).

mesmos temas aqui tratados e já foram alvo de extensas análises por parte de juristas e economistas europeus<sup>89</sup>. Essas decisões revisaram o mérito do exame da Comissão Europeia sobre questões de fato, esclarecendo assim aspectos importantes quanto ao ônus da prova e ao padrão de prova adotados por aquela autoridade no âmbito das concentrações econômicas.

Na primeira dessas decisões, proferida em 2002, o TJUE anulou uma decisão da Comissão Europeia que bloqueou a fusão entre duas agências de viagens (*Airtours* e *First Choice*) sob o argumento de essa concentração geraria um aumento da probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado (“*collective dominance*”)<sup>90</sup>.

Trata-se do primeiro caso de anulação de uma decisão da Comissão em sede de controle de concentrações (que se iniciou, por lá, em 1990), anulação esta que teve dois fundamentos distintos: o primeiro, que interessa menos a este estudo, relacionado aos critérios jurídicos necessárias e suficientes para que uma concentração pudesse ser vista como dando causa a um aumento da probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado; e o segundo, este muito relevante aqui, relacionado à constatação de que a Comissão teria motivado sua conclusão com base em meras afirmações, sem fundamento em provas sólidas (“*cogent evidence*”).

---

<sup>89</sup> Cf., por exemplo, além de SIRAGUSA, M. *op cit.*: BAY, M. e CALZADO, J. *Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, disponível em [https://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub1460\\_1.pdf](https://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub1460_1.pdf); MUELLER, T. e CHARRO, P. *Getting Serious about Evidence: A Transatlantic Perspective on the Role of Courts and the Standards of Judicial Review*, disponível em [http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale\\_Shared\\_Content/Files/Editorial/Publication/IBA\\_Prague\\_speech\\_Mueller.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/IBA_Prague_speech_Mueller.pdf); REEVES, T e DODOO, N. *op. cit.* ; VAN ROMPUY, B. e PAUWELS, C. *Is the standard of proof imposed by the Community Courts undermining the efficiency of EC merger control? The Sony BMG joint venture case in perspective*, disponível em <http://aei.pitt.edu/8013/>; BAILEY, D. *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective* in *Common Market Law Review*, v. 40, 845 (2003); VESTERDORF, B. *Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts* in *European Competition Journal* (Mar. 2005); BOTTEMAN, Y. *Mergers, Standard of Proof and Expert Economic Evidence* in *Journal of Competition Law and Economics* v. 2(1) (2006); e, de um modo geral, todos os textos do título II de EHLERMANN, C. e MARQUIS, M. *European Competition Law Annual 2009*. Hart Publishing, 2011, dentre outros.

<sup>90</sup> Trata-se, no âmbito da Comissão Europeia, do Caso IV/M.524, *Airtours/First Choice* (2000), e, no âmbito judicial, do Caso T-342/99, *Airtours plc v. Comissão das Comunidades Europeias* (2002).

Notadamente, o Tribunal de Primeira Instância apontou, em análise extremamente detalhada, diversos erros na análise da Comissão Europeia sobre um estudo da demanda de pacotes de turismo “de curta distância”, efetivamente conduzindo uma nova análise factual e contradizendo as conclusões da Comissão acerca dos fatos<sup>91</sup>. Como apontam os comentaristas, essa decisão ainda estabeleceu pontos relevantes, pois o Tribunal de Primeira Instância confirma que

*It is incumbent upon [the Commission] to produce convincing evidence” and to “prove conclusively” that the transaction will have competitive effects. Following a detailed review of the evidence relied upon by the Commission, the Court held that the Commission’s findings had been “based on an incomplete assessment of the data submitted to it during the administrative procedure”, rather than on “cogent evidence”.*[Notas omitidas]<sup>92</sup>

A conclusão da decisão é bastante enfática, como se pode observar do trecho a seguir transcrito:

294. Perante todas as considerações precedentes, **deve concluir-se que a decisão, longe de ter baseado a sua análise prospectiva em provas sólidas, enferma de um conjunto de erros de apreciação sobre elementos importantes para a avaliação de uma eventual criação de uma posição dominante colectiva. Conclui-se que a Comissão proibiu a operação sem ter provado suficientemente que a operação de concentração daria origem a uma posição dominante colectiva** dos três grandes operadores turísticos dela resultantes, susceptível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efectiva no mercado relevante. [Grifado; notas omitidas]

A segunda decisão relevante também envolve a anulação de atos da Comissão Europeia que proibiram concentrações, no mesmo ano de 2002. Neste caso<sup>93</sup>, o TJUE criticou fortemente o raciocínio da Comissão, no que interessa a este estudo, principalmente por falta de provas e erros de julgamento quanto às provas existentes nos autos. Da decisão, em especial, vale destacar os seguintes excertos:

---

<sup>91</sup> Confome aponta LEDDY et. al. *op. cit.* p. 31: “Thus, the General Court not only appeared to reduce significantly the deference previously afforded the Commission but also signaled that it would hold the Commission to a new, higher standard of economic analysis in supporting its conclusions.”

<sup>92</sup> LEVY, N. *op. cit.* p. 94.

<sup>93</sup> De referência COMP/M.2283, no âmbito da Comissão, e T-310/01 e T-77/02, no âmbito do TJUE, referente ao caso *Schneider/Legrand*.

404. O Tribunal considera que os **erros, omissões e contradições** verificados supra na análise do impacto da operação notificada, efectuada pela Comissão, **têm um carácter certo de gravidade**.

411. **Os erros de análise e de apreciação supra-referidos são, portanto, susceptíveis de privar de valor probatório a apreciação económica do impacto da operação de concentração**, na qual se baseia a declaração de incompatibilidade impugnada. [Grifado]

A terceira decisão, também proferida no fatídico ano de 2002, que mais uma vez anulou decisões do Poder Executivo que proibiram a realização de operações de concentração (entre os fabricantes de embalagens *Tetra Laval* e *Sidel*), talvez seja o mais célebre desses precedentes, uma vez que fixou, de maneira mais clara e em julgamento de segunda instância, alguns pontos relevantes sobre os deveres da Comissão Europeia na avaliação probatória<sup>94</sup>.

Consoante concisa apresentação sobre o conteúdo do julgamento do Tribunal de Primeira Instância neste aspecto:

*The General Court held that, in reaching its decision that the merger would have anticompetitive conglomerate effects, **the Commission had failed to conduct a precise examination supported by "convincing evidence."** In particular, the General Court found that the Commission had failed to adequately demonstrate that the merged entity would have an incentive to leverage its dominant position on the carton packaging market into the plastic packaging machine market, ignored the low shares of the merging parties in certain overlapping markets, and failed to take into account the remedies offered by the parties or the strength of their existing competitors. **The General Court thus overturned the Commission's prohibition decision on the basis that, absent "convincing evidence" that the transaction would in all likelihood create or strengthen a dominant position, it constituted a "manifest error of assessment"**.<sup>95</sup> [Grifado; notas omitidas]*

A Comissão Europeia apelou à segunda instância, sob os argumentos de que o Poder Judiciário teria invadido sua competência (seu juízo discricionário, por assim dizer) em relação à apreciação dos fatos e análises econômicas e, mais do que isto, tinha imposto um *standard* (padrão) de prova excessivamente alto para decisões voltadas à proibição de concentrações econômicas, na medida em que seria

<sup>94</sup> Cf. Caso COMP/M.2416, na Comissão, e Casos T-5/02 e T-80/02, no TJUE (Caso C-12/03, na segunda instância), conhecidos como *Tetra Laval I e II*.

<sup>95</sup> LEDDY et. al. *op. cit.* p. 34.

praticamente impossível para a Comissão produzir prova convincente (“*convincing evidence*”) “com toda a probabilidade” (*in all likelihood*), de efeitos futuros<sup>96</sup>.

A apelação da Comissão não foi provida, tendo o Tribunal Europeu de Justiça confirmado toda a fundamentação da primeira instância. Embora extensa, cabe a transcrição de posicionamento relevantíssimo do voto condutor do acórdão neste processo:

41. Embora o Tribunal de Primeira Instância tenha referido [...] que a demonstração de efeitos de conglomerado anticoncorrenciais de uma concentração do tipo da notificada exige um exame preciso, assente em provas sólidas («*convincing evidence*»), das circunstâncias pretensamente constitutivas dos referidos efeitos, **não acrescentou, de modo nenhum, uma condição relativa ao grau de prova exigido, tendo simplesmente recordado a função essencial da prova, que é a de convencer da justeza de uma tese** ou, como no caso vertente, de uma decisão em matéria de concentrações.

42. **Uma análise prospectiva**, como as que são necessárias em matéria de fiscalização das concentrações, **necessita de ser efectuada com grande atenção**, uma vez que não se trata de analisar acontecimentos do passado, a respeito dos quais se dispõe frequentemente de numerosos elementos [...], **mas sim prever os acontecimentos que se produzirão no futuro, segundo uma probabilidade mais ou menos forte** [...].

43. Assim, a análise prospectiva consiste em examinar de que modo uma operação de concentração pode alterar os factores que determinam a situação da concorrência [...], para verificar se daí resulta um entrave significativo a uma concorrência efectiva. **Essa análise exige que se imaginem os vários encadeamentos de causa e efeito, a fim de ter em conta aqueles cuja probabilidade é maior.**

---

<sup>96</sup> O parecer do Advogado Geral do Tribunal de Justiça Europeu sintetiza o argumento da Comissão nos seguintes termos: “65. Segundo a instituição recorrente, o Tribunal de Primeira Instância, em vez de se limitar a verificar esses aspectos, exerceu um controlo muito mais incisivo, que o levou a verificar se as conclusões da Comissão assentavam em provas ou elementos ‘convincentes’. Assim, foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância efectuou um tipo de fiscalização que, tomada à letra, teria obrigado a Comissão a convencê-lo das conclusões a que tinha chegado e, conseqüentemente, teria permitido a esse órgão jurisdicional analisar o mérito das questões e substituir o ponto de vista da Comissão pela sua própria perspectiva. No entender daquela, além disso, o Tribunal de Primeira Instância efectuou, no caso vertente, um controlo muito mais severo do que aquele a que o Tribunal de Justiça procedeu no acórdão *Kali & Salz*, também sobre questões de concentração, em que este Tribunal apenas verificou se as conclusões da Comissão se baseavam em elementos ‘suficientemente significativos e coerentes’ (na versão inglesa do acórdão, a que se refere o recurso da Comissão, o Tribunal de Justiça fala de ‘*sufficiently cogent and consistent body of evidence*’) [Notas omitidas].”



44. [...] Neste contexto, a qualidade dos elementos de prova apresentados pela Comissão para demonstrar a necessidade de uma decisão que declara a operação de concentração incompatível com o mercado comum é especialmente importante, devendo esses elementos corroborar as apreciações da Comissão segundo as quais, se essa decisão não fosse tomada, o cenário de evolução económica em que essa instituição se baseia seria plausível. [Grifado]<sup>97</sup>

Como apontam comentaristas a respeito deste trecho<sup>98</sup>, a decisão do Tribunal foi particularmente clara, estabelecendo que a prova em que se baseia a Comissão para decidir deve ser “exata, fiável e coerente”, “conter todas as informações a serem consideradas para avaliar uma situação complexa” e “capaz de sustentar as conclusões que dela se extraem”.

Uma última decisão a ser mencionada neste contexto envolveu a anulação de uma decisão que havia autorizado uma concentração<sup>99</sup>. O Tribunal de Primeira Instância julgou a ação de anulação procedente, e as partes da concentração recorreram Tribunal de Justiça europeu. A argumentação contrária à decisão de aprovação dada pela Comissão estava baseada, basicamente, em diversos erros manifestos quanto à apreciação da prova e.

Em suma, a controvérsia envolvia, primeiramente, responder se

45. [...] as exigências em matéria de prova são diferentes consoante se trate de uma decisão que autoriza uma operação de concentração ou de uma decisão que proíbe essa operação. A este propósito, não é contestado pelas partes que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância aplicou as mesmas exigências de prova em

---

<sup>97</sup> Em especial no que toca ao *standard* probatório, cabe registrar o argumento do Advogado Geral, neste mesmo processo, no sentido de que “não se pode pretender que, para proibir uma operação de concentração, a Comissão declare” algo de “forma absoluta”. Para tal fim, segundo o acórdão, a decisão deve ter por base “elementos sólidos, obtidos ao longo de uma instrução aprofundada e escrupulosa”, devendo a Comissão Europeia chegar “à conclusão de que a operação notificada **muito provavelmente** conduziria à criação ou ao reforço da referida posição dominante. Se não chegasse a essa conclusão, a Comissão deveria, pelo contrário, autorizar a operação”; grifo no original. §§71 a 74. Vide também o conteúdo da nota 122 a seguir.

<sup>98</sup> BAY, M. e CALZADO, J. *Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, disponível em [https://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub1460\\_1.pdf](https://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub1460_1.pdf), p. 445.

<sup>99</sup> Caso C-413/06 no Tribunal de Justiça europeu, *Bertelsmann and Sony v. Impala et al.* Depois da anulação da primeira decisão, as partes, anos mais tarde, voltaram a notificar a concentração e tiveram a operação aprovada após exame bastante detalhado (cf. informação disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-1437\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1437_en.htm)).

relação à decisão controvertida, que é uma decisão que autoriza uma operação de concentração, que teria aplicado a uma decisão que proibisse essa operação.

O Tribunal, neste ponto, decidiu que “não se pode deduzir do regulamento, por conseguinte, uma presunção geral de compatibilidade ou de incompatibilidade de uma operação de concentração notificada com o mercado comum” (§48)<sup>100</sup>. No que diz respeito às “exigências” probatórias a serem demandadas pela Comissão, o Tribunal, de uma certa forma esclareceu os requisitos previamente estabelecidos no sentido de que o conjunto das provas deve ser suficientemente sólido e consistente, sendo “a qualidade dos elementos de prova produzidos pela Comissão para demonstrar a necessidade de uma decisão que declare essa operação incompatível com o mercado comum é particularmente importante” (§50).

Não obstante, o voto condutor arremata:

51. [...] isto não significa que a Comissão tenha de dar cumprimento [...] a exigências de prova mais estritas em matéria de decisões que proíbem operações de concentração do que em matéria de decisões que autorizam essas operações. Com efeito, **essa jurisprudência reflecte simplesmente a função essencial da prova, que é convencer do bem-fundado de uma tese ou, como em matéria de controlo das operações de concentração, alicerçar as apreciações subjacentes às decisões da Comissão.** [...] A este respeito, a complexidade intrínseca de uma tese relativa à existência de um entrave à concorrência formulada relativamente a uma operação de concentração notificada constitui um elemento que há que levar em conta quando se aprecia a plausibilidade das diversas consequências dessa operação, para identificar aquela cuja probabilidade é mais elevada, mas essa complexidade não tem, enquanto tal, influência no nível de prova exigido.

52. Decorre das considerações precedentes que, quando é submetida à sua apreciação uma operação de concentração nos termos do regulamento, a Comissão está, em princípio, obrigada a tomar posição quer no sentido de autorizar essa operação quer no

---

<sup>100</sup> Interessante apontar a fundamentação para isto: “49. Esta interpretação do regulamento não é infirmada pelo seu artigo 10º, n. 6, por força do qual uma operação de concentração notificada é considerada compatível com o mercado comum, quando a Comissão não adoptar, no prazo pertinente, uma decisão que se pronuncie sobre a compatibilidade dessa operação. Com efeito, essa disposição é uma expressão específica do imperativo de celeridade que caracteriza a economia geral do regulamento e que exige à Comissão que respeite prazos estritos para adoptar a decisão final [...] A referida disposição constitui, no entanto, uma excepção à economia geral do regulamento, decorrente, nomeadamente, dos seus artigos 6º, n. 1, e 8º, n. 1, de acordo com a qual a Comissão se pronunciará expressamente sobre as operações de concentração que lhe são notificadas”. Vide a discussão da nota 122 a seguir.

sentido de a proibir, consoante a apreciação que faz da evolução económica atribuível à operação em causa cuja probabilidade é mais elevada.<sup>101</sup>

Este conjunto de decisões, para além de disparar reformas estruturais no funcionamento da Comissão Europeia<sup>102</sup> e impulsionar o chamado “*more economic approach*”<sup>103</sup> nas análises daquele órgão, estabeleceram um quadro jurídico de maior segurança institucional para as partes sujeitas a sua jurisdição.

Primeiro, porque as decisões, se não estabeleceram um *standard* de prova conclusivo (pelo menos de acordo com a tradição da *common law*), estabeleceram que o TJUE pode rever o juízo e a argumentação sobre fatos contidas nas decisões administrativas sobre as concentrações económicas, impondo que as provas sejam sólidas, exatas, fiáveis e coerentes com as afirmações da Comissão Europeia sobre o juízo de probabilidade de efeitos futuros de dada concentração (*i.e.*, com a “teoria de dano concorrencial” estabelecida em cada caso). Ou seja, que o juízo de probabilidades sobre as potenciais relações de causa e efeito envolvido na análise das concentrações precisa estar fundamentado em dados da realidade, devidamente articulados em um raciocínio que não esteja baseado apenas em intuições.

Segundo, os julgamentos do TJUE estabeleceram clareza sobre a “simetria” do ônus probatório, cabendo à Comissão oferecer prova tanto nas decisões de reprovação quanto nas decisões de autorização de uma concentração económica, com bases

---

<sup>101</sup> Cf. a respeito desse julgamento o posicionamento de CAOIMH, A. *Perspective of the Court of Justice of the European Union* in EHLERMANN, C. e MARQUIS, M. *op. cit.* p. 281.

<sup>102</sup> Cf. discurso do então responsável pela Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia. MONTI, M. *EU competition policy after May 2004*, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-03-489\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-489_en.htm): “All these improvements should contribute to a better decision making process and guarantee that the relevant elements and points of view are properly taken into account in the final decision on individual cases. An appropriate decision making process at the Commission is, indeed, the best guarantee that our decisions, ultimately aiming at protecting the consumers from anti-competitive practices, will always meet the strict standards required by the CFI and the ECJ.”

<sup>103</sup> Cf. WITT, A. *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*. Hart Publishing, 2016, p. 27: “A further chain of events that influenced and drove forward the Commission’s substantive reform took place in 2002. Within a period of only three months, the General Court struck down three separate Commission decisions in the field of EU merger control because of serious errors of assessment. This unprecedented situation led to important organisational changes within DG Competition but also to some soul-searching on the quality of its competitive assessments.”

claras sobre as hipóteses de prejuízo – ou ausência de prejuízo – à concorrência, sem, contudo, deixar de atribuir às partes, de forma dinâmica, que sobre elas recai o ônus de provar aqueles fatos que estão mais facilmente sob o seu domínio. Ressalvas são necessárias neste ponto pois também na Europa ainda poderia se identificar, mesmo após essas decisões judiciais, uma hipótese de inversão do ônus da prova no caso de participações de mercado muito elevadas<sup>104</sup>.

Essa evolução institucional e jurisprudencial do Direito europeu, portanto, pode muito bem contribuir para o entendimento da temática no Brasil, guardadas as diferenças do ordenamento jurídico pátrio. Notadamente, contudo, observe-se que a reforma ocorrida nos mecanismos de controle de concentrações lá (em 2004) somente ocorreu porque o TJUE reservou-se o poder-dever de rever o mérito das decisões da Comissão Europeia como se esta fosse um órgão judicante, e não um mero administrador público. Sem tal distinção, estar-se-ia, como aparentemente se está no Brasil, diante de um juízo de valoração de elementos de provas (sujeito, portanto, a *error in iudicando*) excluído da revisão judicial.

Esse conjunto de precedentes e as reformas subsequentes ao processo decisório ocorrido na União Europeia, com o perdão do chiste, evidenciam que o monopólio da avaliação das provas, pode se revelar, no mínimo, fonte de arbitrariedades e, como quase todo monopólio, deveria ser combatido.

---

<sup>104</sup> “[...] the Court of Justice has said in the context of Article 82 that market shares in excess of 50% may evidence the existence of a dominant position, save in “exceptional circumstances”. This presumption has effectively been applied under the Merger Regulation and is confirmed in the Horizontal Merger Guidelines [...]. Accordingly, high shares create a “strong presumption of dominance”. Conversely, low market shares – below 25% - create a presumption that competition concerns will not arise.” LEVY, N. *op. cit.* pp. 85-86.

## 5 Ônus da prova

À luz do exposto nas seções anteriores, cabe aprofundar a investigação das dificuldades associadas à identificação do ônus probatório nos processos de análise das concentrações econômicas no caso brasileiro e, conseqüentemente, à identificação do padrão (*standard*) de prova probatório aplicável ao tema, se é que se pode falar em tal conceito no Direito brasileiro.

Segundo Tarufo, “a função do princípio do ônus da prova é permitir ao tribunal resolver o caso quando os fatos principais não forem provados”. O autor continua, então, a esclarecer:

Em verdade, o princípio estabelece que uma vez não provado um fato principal, não se pode aplicar a norma substantiva que assume esse tipo de fato como uma premissa fática [...] os efeitos negativos que derivam da ausência de prova suficiente de um fato são suportados pela parte que formulou uma pretensão baseada nesse fato e ao final não o demonstrou.<sup>105</sup>

Natural que se queira levantar, neste momento, a pertinente crítica sobre a desnecessidade de discussão a respeito de ônus probatório diante da constatação de que, no caso do exame das concentrações econômicas, não se está diante de um processo típico, em que partes com interesses contrapostos querem ver satisfeita ou negada uma da pretensão por um juiz. Com efeito, essa crítica, embora pertinente, deixa de considerar que a discussão da distribuição do ônus da prova é relevante mesmo diante de uma situação processual, por assim dizer, particular, em função do exposto anteriormente a respeito da necessidade de se conjugar um juízo prognóstico sobre os efeitos de uma dada concentração sobre a concorrência com o dever de motivação do convencimento da autoridade.

Assim, ao contrário do que essa crítica sugere, o debate sobre o tema é essencial, pois, para “estabelecer qual parte perde a causa por falhar em provar um fato principal”<sup>106</sup>, em se tratando de um juízo sobre prognoses (*i.e.*, sobre fatos que podem ou não vir a acontecer), verossimilhanças e ponderação de probabilidades entre diferentes cenários de causa e efeito, é preciso de antemão identificar não só a maneira de julgar diante da dúvida, mas também, e conseqüentemente, “quem deve

---

<sup>105</sup> TARUFO, M. *A Prova*. p. 144.

<sup>106</sup> TARUFO, M. *op. cit.* p. 146

provar o quê”. Trata-se, portanto, de debater não apenas o que alguns autores chamam de ônus objetivo, ou seja, o ônus da prova como *regra de julgamento*, mas sim de debater também o chamado ônus subjetivo.

Importante resgatar neste ponto, novamente, a lição de Tarufo:

O demandante deve provar os fatos que sustentam a sua pretensão e o demandado, por sua vez, deve provar os fatos que sustentam suas defesas. Por conseguinte, quando um fato não é provado, o juiz deve determinar a qualificação jurídica correspondente a esse fato, no contexto da situação jurídica específica, para estabelecer qual parte perderá a causa. [...] [O] critério que realmente determina a conclusão é o da norma substantiva que regula o caso, uma vez que essa norma estabelece qual parte deve provar quais fatos, enquanto o critério processual ocupa-se simplesmente da distinção entre as funções processuais do demandante e do demandado. Portanto, todas as incertezas relativas à interpretação das normas substantivas podem se tornar incertezas acerca da aplicação das normas que dizem respeito ao ônus da prova.<sup>107</sup>

À luz da teoria econômica que sustenta as políticas de defesa da concorrência (*i.e.*, a escolha da Constituição e do legislativo de combater o “poder econômico” de forma preventiva), esta discussão é especialmente relevante, principalmente porque, de um lado, como já apontado, tem-se uma ou mais partes que possuem um nível muito maior de informações sobre a realidade econômica de um dado mercado (podendo, portanto, ser mais segura e precisa em sua análise sobre os potenciais efeitos de uma concentração sobre a concorrência) e, de outro, uma parte (a autoridade) que tem poderes instrutórios amplíssimos<sup>108</sup> e o dever de motivar suas decisões, indicando as razões da formação de seu convencimento de forma racional.

Diante deste quadro, é necessário voltar à própria “norma substantiva” para identificar adequadamente sobre quem recai o ônus probatório no caso das concentrações econômicas.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> TARUFO, M. *op. cit.* p. 146

<sup>108</sup> A mera transcrição do dispositivo legal respectivo evidencia isto; o art. 40 da Lei n. 12.529/2011 determina que a “recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE” constitui infração punível com multa diária”.

<sup>109</sup> Cf. Didier Jr., F. et al. *op. cit.* pp.83-85.

Caso se imagine – como tradicionalmente se faz – que o controle de concentrações é forma de exercício do poder de polícia estatal que limita o exercício de direitos individuais (liberdade de iniciativa) em favor do interesse público (livre concorrência), a própria pergunta parece carecer de sentido: a partir dessa visão, é evidente que cabe ao Estado fundamentar adequadamente qualquer decisão que restrinja direitos individuais<sup>110</sup>, cabendo, portanto, não só à autoridade concorrencial produzir prova (ônus subjetivo) a respeito da eliminação da concorrência em parcela substancial do mercado relevante, da *potencialidade* de criação ou reforço de posição dominante, ou da *potencialidade* de dominação de mercado, mas também que a própria *regra de julgamento* associada ao ônus objetivo seja favorável à liberdade de iniciativa.

Até o momento, a visão que assegura a primazia da liberdade de iniciativa sobre a concorrência nas situações de dúvida sobre o potencial efeito concorrencial de uma dada concentração econômica parece carecer de argumentação que vá além da mera reafirmação do princípio da livre iniciativa com base em doutrina administrativista aparentemente incapaz de apreender toda a complexidade do processo de análise de concentrações. Isto porque, embora atraente como reafirmação dos direitos dos administrados perante um Estado e uma regulação cada vez mais abrangente sobre todos os campos da vida e da vida econômica, a simples reafirmação do princípio constitucional da livre iniciativa ainda carece de maior desenvolvimento.

Neste ponto vale destacar que a fundamentação do argumento em sentido contrário se baseia não apenas na constatação, um tanto óbvia, de que a livre concorrência também é princípio constitucional, objeto inclusive de disciplina legal específica (no caso em tela, a Lei n. 12.529/2011), mas, principalmente, na própria racionalidade econômica que embasa os fundamentos econômicos de defesa da concorrência.

---

<sup>110</sup> Cf., por exemplo, SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre Atos de Concentração* in *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 4 (1997): “O juiz há de apreciar o mérito da decisão e não apenas questões formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão. E isto mormente quando se atenta para o fato de que no capítulo do controle de atos e contratos estamos às voltas com um ato de intervenção do Estado no domínio econômico que pode atingir um direito fundamental, qual seja, a liberdade de iniciativa. Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia.”

Como já dito, as decisões do CADE sobre as concentrações econômicas são, por definição, *decisões sob incerteza*, em qualquer circunstância: o órgão julgante *decide*, afinal, com base em juízo de verossimilhança, probabilidade ou plausibilidade a respeito de dois ou mais exercícios de prognoses concorrentes<sup>111</sup> sobre a comparação entre o “estado do mundo” antes da concentração e aquele após a sua consumação. A incerteza é inerente a esse processo decisório e somente seria diferente em um cenário em que se fizesse possível lançar mão de uma bola de cristal ou outro recurso de ficção científica.

Desprezar essa incerteza fundamental ao próprio exame seria, no limite, uma negativa ao próprio controle de concentrações: se todas as decisões nesse contexto se dão sob incerteza, e se na incerteza prevalece a liberdade individual, que sentido então haveria no exame prévio de concentrações econômicas? Reafirmar a liberdade de iniciativa, neste contexto parece um raciocínio falacioso<sup>112</sup>.

Cabe então examinar a questão de um prisma distinto, relacionado à comparação dos riscos relacionados, de um lado, à decisão de autorizar a concentração e, de outro, à decisão de rejeitá-la.<sup>113</sup> Em termos mais objetivos, se uma dada concentração econômica gera uma situação de quase monopólio, e há dúvidas (fundamentadas) sobre, por exemplo, a tempestividade da entrada de um novo concorrente e sobre as potenciais economias de custos associadas a esta situação, diante das regras de experiência gerais e abstratas amparadas no conhecimento econômico mais amplamente aceito pela comunidade científica, qual decisão apresenta maior risco ao bem-estar social e dos consumidores?

---

<sup>111</sup> *E.g.*, aquele apresentado pelas partes, aquele apresentado por terceiro, se for o caso, aquele resultado da aplicação do Guia segundo a visão da área técnica do órgão e, a depender, um último cenário, envolvendo, por exemplo, a imposição de restrições ou a situação do mercado no futuro em função de um outro evento, como o fechamento de uma das empresas.

<sup>112</sup> No limite, tal argumento, acrescido de um debate sobre o custo-benefício da administração do sistema de controle de concentrações, pugnaria pela própria revogação do art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

<sup>113</sup> Cf. SCHUARTZ, L. *Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo*.



Os argumentos a favor da liberdade de iniciativa até hoje articulados<sup>114</sup> deixam de apresentar fundamentação adequada a essa forma de analisar a questão, uma vez que parece – à luz da teoria econômica mais amplamente aceita pela comunidade científica hoje, é sempre bom ressaltar – inexistir um argumento geral e abstrato que, fora dos limites do caso concreto, privilegie uma posição intransigente pelo absolutismo da liberdade individual em detrimento do interesse difuso coletivo.

Neste ponto, é relevante para o exame do tema destacar que, em matéria ambiental, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo<sup>115</sup> a aplicabilidade do chamado “princípio da precaução” para solucionar os casos de incerteza científica quanto aos riscos de danos, visando à tutela efetiva do meio ambiente e, também, da saúde pública. Segundo o STJ, esse princípio “preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexos causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo”.

Segundo estudiosos, o princípio da precaução “deve ser empregado naqueles casos em que estiver presente a incerteza científica de que a atividade ou empreendimento podem causar danos ao meio ambiente ou à saúde pública”. Nessa linha, a aplicação do princípio requer, de um lado, comprovada “incerteza científica” sobre dada atividade ou empreendimento, e, de outro, o risco – ou seja, a probabilidade de ocorrência futura – de dano no caso de prosseguimento da atividade ou empreendimento.<sup>116</sup>

Ou seja: para aquelas situações relacionadas à ausência de prova sobre determinado fato importante para uma conclusão firme acerca de elementos que mitiguem a conclusão de que uma dada concentração facilita ou torna mais provável o exercício de poder de mercado (ao que equivale dizer, notadamente, dúvida

---

<sup>114</sup> Por exemplo, vide o parecer apresentado por Fabio de Ulhoa Coelho no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000436/2014-27.

<sup>115</sup> A lista de precedentes já é extensa, desde o primeiro aresto, proferido em 2009 (cf. voto da Ministra Eliana Calmon no Recurso Especial nº 1.060.753/SP); mencionem-se, por exemplo, os seguintes casos: Recurso Especial nº 883.656/RS, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.323/CE, Recurso Especial nº 972.902/RS, dentre outros.

<sup>116</sup> WEDY, G. *O Princípio Constitucional da Precaução Como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente e da Saúde Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

fundamentada sobre a prova desse fato), nas quais a autoridade julgadora precisa socorrer-se de um critério de julgamento, não parece inadequada uma aplicação, por analogia, de tal princípio.<sup>117</sup>

Em algumas oportunidades, o CADE seguiu por esse caminho, e, pela clareza da explanação, vale retomar a fundamentação adotada em um dos casos. Veja-se o posicionamento do voto vencido do Conselheiro Luis Schuartz nos Atos de Concentração n. 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19:

[...] o que se propõe com o princípio da precaução é a defesa da atuação estatal dada a certeza quanto ao risco representado por uma determinada concentração econômica para o bem-estar social [...]

Trata-se, na verdade, de um princípio normativo cujo sentido é justamente o de governar – e viabilizar – a aplicação dessa metodologia [do Guia] em decisões sob condições de incerteza.

Isso vale especialmente para as ponderações de argumentos baseados exclusivamente em exercícios hipotéticos acerca do comportamento futuro dos agentes nos mercados relevantes. Nesses casos, o uso potencialmente incontrolável de proposições especulativas a respeito do futuro deve ser – e será neste voto – sistematicamente controlado por meio do recurso a fatos passados, sobretudo no que se refere ao exame da “probabilidade” de exercício de poder de mercado [...] em decorrência da operação (e isso, inclusive, tendo em mente que uma concentração de mercado pode resultar numa cisão estrutural entre o passado e o futuro). [Grifos e notas omitidos]

Cite-se também o posicionamento da Conselheira Ana Frazão em voto-vogal proferido, mais recentemente, no Ato de Concentração n. 08700.000436/2014-27 sobre o tema. O argumento do voto-vogal inicia com uma crítica da “alegação de que deve prevalecer no direito concorrencial o princípio ‘*in dubio pro libertas*’”, com base no entendimento de que tal interpretação não decorre do texto constitucional, pois a Constituição não dá primazia absoluta ao princípio da livre iniciativa sobre os demais que amparam a ordem econômica. O voto-vogal chega a afirmar, em contraposição, que poderia após análise

---

<sup>117</sup> Parece haver mais semelhanças no tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro do que diferenças, de um modo geral, entre a defesa da concorrência e o meio ambiente: de um lado, o meio ambiente e a livre concorrência constituem direitos difusos coletivos; de outro, a incerteza científica em relação à economia é, em tudo, mais aguda do que a incerteza em termos das ciências da natureza (química, física ou biologia); e, também, há risco de dano à concorrência associado à aprovação indevida de determinada concentração da mesma forma como pode haver dano ambiental ou à saúde decorrente de atividade ou empreendimento de efeitos incertos.

até chegar à conclusão oposta. De fato, considerando que a defesa da concorrência tem por objeto a proteção de interesses difusos de mais alta relevância, em casos de dúvida, talvez fosse possível concluir exatamente o contrário, ou seja, que deveria haver a priorização do interesse público.

Não obstante, em momento seguinte, o voto-vogal passa a afirmar que:

em um Estado Democrático de Direito, não há espaço para essas dicotomias simplistas, que tratam o interesse público e o interesse individual como interesses opostos e inconciliáveis, de forma que um deve necessariamente preterir o outro [...] Em um Estado Democrático de Direito, diferentemente, o desafio é precisamente entender que interesse público e privado não podem ser vistos como contrapostos. Pelo contrário, precisam ser interpretados e aplicados a partir de uma perspectiva que valorize a interpenetração recíproca e a compatibilização entre ambos. Consequentemente, não cabe à autoridade antitruste dar primazia a um interesse em detrimento do outro; deve analisá-los necessariamente em conjunto, buscando a solução que seja adequada e proporcional aos dois.

Observa-se que tal posicionamento sobre a ausência de prevalência de um princípio constitucional sobre outro, embora eloquente, foge por completo à questão relevante inerente ao ônus probatório objetivo. A função do “princípio da precaução”, tanto na forma aplicada pelo STJ atualmente quanto na forma proposta pelo Conselheiro Schuartz, é atuar como *regra de julgamento em um cenário de decisão sob incerteza*, na qual ou não há provas sobre fato relevante ou não há convencimento do julgador a respeito.

Uma “compatibilização” entre interesse público e privado desta perspectiva parece irrealizável, pois, como regra de julgamento o ônus probatório objetivo é excludente dentre as duas opções que necessariamente estão contrapostas neste contexto: ou cabe à autoridade aprovar a concentração econômica, ainda que com restrições, negociadas ou não, ou reprová-la, sob pena de não se caracterizar como regra de julgamento útil para decidir um caso.

Nessa esteira da busca por uma regra de julgamento, de toda forma, é essencial apontar para o disposto na Lei n. 12.529/2011, no sentido de que participações de mercado superiores a 20% correspondem a posição dominante (art. 36, § 2º) e que “serão proibidos os atos de concentração” que impliquem potencial criação ou reforço de uma posição dominante. Parece útil analisar se, dessa conjugação da

presunção relativa sobre a existência de posição dominante<sup>118</sup> com a regra de proibição de concentrações econômicas baseadas na potencial criação ou reforço de tal posição, podem ser extraídas da Lei observações interessantes quanto ao ônus da prova, primeiro, em seus termos objetivos e, a seguir, em seus termos subjetivos.

A esse respeito, também parece pertinente indagar se, no controle de concentrações, o ordenamento brasileiro veicula uma opção *política* quanto às preferências entre os chamados “erros do tipo 1” ou “erros do tipo 2” diante da impossibilidade de se decidir com “certeza absoluta” sobre os efeitos de uma concentração sobre a concorrência. Em outras palavras, cabe investigar se, nesse cenário de incerteza da análise, há previsão legal que evidencie maior preocupação com a reprovação de negócios potencialmente eficientes (“*over enforcement*”) ou com a aprovação de negócios com efeitos anticompetitivos (“*under enforcement*”).

A escolha realizada pelo legislador deveria servir de orientação para a fixação do ônus probatório objetivo como regra de julgamento e, posteriormente, como potencial início da discussão a respeito do *standard* probatório respectivo como “ponto de parada” no *iter* entre o desconhecimento dos fatos e a certeza absoluta sobre estes.

Se da perspectiva constitucional não se pode extrair, como apontado pela Conselheira Ana Frazão em seu voto, preferência clara sobre um ou outro lado, o exame das normas da Lei n. 12.529/2011 também não parece revelar qualquer preferência legislativa por uma ou outra opção, salvo pelo disposto no art. 36, §2º.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> De uma certa forma, o próprio art. 90 da Lei, que identifica os tipos de negócios jurídicos sujeitos à autorização prévia do CADE, somado aos parâmetros de faturamento, poderia ser visto em si mesmo como já suficiente para conter, se não uma presunção de efeitos anticompetitivos, pelo menos um certo preconceito com as concentrações. Nessa linha, interessante, até como curiosidade histórica, destacar o trabalho de COSTA, M. *A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela Lei nº 8.884/1994* in *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 5, n. 6 (1998).

<sup>119</sup> Seria possível – com um esforço interpretativo considerável – fazer referência, como faz o STJ, à Lei n. 7.347/1985, que regula as ações civis públicas por danos morais e patrimoniais causados, dentre outros, por infração à ordem econômica, cujo art. 21 estabelece que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais,

Não se pode, pois, extrair a existência, ainda que tácita, de uma preferência política – dada pelo legislador – pelo *over enforcement* como regra de julgamento. Com efeito, não parece estar respaldado no Direito qualquer juízo no sentido de que, respeitadas as regras de experiência sobre o resultado das concentrações econômicas de forma geral e abstrata, em caso de dúvida os riscos e custos envolvidos na reprovação de concentrações capazes de gerar eficiências econômicas deveriam ser considerados inferiores aos riscos e custos envolvidos na aprovação de concentrações anticompetitivas, ou em sentido contrário.

Qualquer *escolha*, nesse contexto, não necessariamente está embasada em dados de experiência que a justifiquem – qualquer que seja – *cientificamente*. Vale recuperar os apontamentos da doutrina estrangeira a respeito:

*On a theoretical level, it has been fiercely contested whether it is preferable for the Commission to allow an anti-competitive merger (a "Type 2 error") or to prohibit a pro-competitive merger (a "Type 1 error").<sup>4</sup> It has been argued that a Type 1 error is the lesser evil in that it only harms the interests of the parties rather than consumers or the whole of the economy. There exist strong arguments, however, against a preference for Type 1 errors. First, it disregards the fact that a pro-competitive merger may benefit consumers in a number of ways, thus resulting in direct harm not only to the parties, but to consumers as well. At the same time, it is easy to exaggerate the possible harm to consumers and the competitive environment if one forgets that the Type 1/Type 2 error debate only arises in difficult, grey-area cases where by definition the merger in question is not clearly anti-competitive (hence the need to discuss errors). By the same token, this view undermines the fact that the effects of a prohibition may be devastating on the parties, which in turn could have repercussions in the long run for the industry in question. Furthermore, as discussed above, it has been recognized in the EC Treaty that encroachment of property rights can only occur in exceptional circumstances.*

*Most importantly, opting for a Type 1 error is an irreversible decision. Conversely, a Type 2 error provides some scope for rectification by way of EC Treaty Article 82, regarding the abuse of a dominant position. If a merger proves to be anticompetitive, the Commission has the opportunity to address any issues that have arisen under Article 82, thus mitigating the consequences of its previous error.<sup>120</sup>*  
[Notas omitidas]

---

as disposições da Lei n. 8.078/1990, para justificar que “para aqueles casos envolvendo caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado” é cabível a “inversão do ônus da prova”.

<sup>120</sup> REEVES, T. e DODOO, N. *op. cit.* p. 1046.

A experiência internacional, por sua vez, também não é exatamente informativa a respeito. Como visto, a experiência europeia vai no sentido contrário à experiência estadunidense: se na última verifica-se operar expressamente uma presunção judicial contrária às concentrações que gerem controle de parcelas mais significativas do mercado, o Direito europeu reconhece que cabe primordialmente à Comissão Europeia o ônus de demonstrar a compatibilidade ou a incompatibilidade de uma dada concentração com o mercado comum (*i.e.*, a ausência de prejuízo ou o prejuízo à concorrência).

Vale apontar que o posicionamento “pela liberdade” já foi adotado pelo CADE no passado, quando do debate sobre o tratamento a ser dado à inércia do CADE na prolação de decisão sobre as concentrações econômicas. Explica-se. O art. 64 do Projeto que veio a se tornar a Lei n. 12.529/2011 previa que “o descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica”. Porém, houve veto presidencial a este artigo.<sup>121</sup>

A Procuradoria do CADE, pouco tempo após a notícia do veto, manifestou-se para explicitar seu entendimento a respeito do decurso em branco, do prazo de análise dado, pela Lei, ao CADE (art. 88, §§ 2º e 9º). Isto é, a Procuradoria buscou solucionar a dúvida que surgia da ausência de disciplinamento normativo sobre o tema, investigando se o silêncio do CADE ao fim do prazo legal (330 dias, em último caso) implicaria rejeição ou aprovação tácita das concentrações econômicas.

O parecer da Procuradoria, apresentado publicamente na 508ª Sessão Ordinária do CADE, sustenta que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora a “aprovação tácita dos atos de concentração em decorrência do decurso geral do prazo de análise, mesmo após o veto ao art. 64”. Como fundamento, adota, dentre outros, o seguinte embasamento:

O ato de adquirir ou se fundir com uma empresa concorrente não é, contudo, per se, ilegal. Ao contrário, resulta do legítimo exercício do

---

<sup>121</sup> Consoante a Mensagem nº 536 da Presidência da República ao Senado Federal, as razões do veto foram as seguintes: “Da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade. Note-se que a legislação já oferece mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos em lei.”

direito à livre iniciativa e do direito de propriedade, ambos assegurados reiteradamente na Constituição. [...]

Não é razoável supor que, descumprido o prazo legal de análise pela própria Administração, as partes que exerceram legitimamente direitos assegurados pela Constituição permaneçam indefinidamente sem pronunciamento ou que o mesmo seja considerado negado. [...]

Ora, se não tiver havido, dentro do prazo geral de análise, a apreciação final do ato pelo Tribunal, **não há porque se presumir, contra o administrado, a existência de prejuízos decorrentes da operação.** [Grifado]

Dessa forma, a prevalecer o entendimento exaurido no parecer, como o *non liquet* do CADE funciona em favor do administrado porque não se pode “presumir, contra o administrado, a existência de prejuízos”, a regra de julgamento quanto ao ônus probatório objetivo deveria operar em prol da liberdade de iniciativa.<sup>122</sup> Tal posicionamento de uma ou outra forma parece contrário àquele adotado pela autoridade, primeiro em 2007 e depois em 2015, buscando amparar-se no tal princípio da precaução.

---

<sup>122</sup> Veja-se que argumentação semelhante foi adotada pelo Advogado Geral do Tribunal de Justiça europeu no caso *Tetra Laval*: “76. [...] entre os casos em que as operações notificadas muito provavelmente criariam ou reforçariam uma posição dominante [...] e aqueles em que as referidas operações muito provavelmente não criariam ou reforçariam uma tal posição existe, por assim dizer, uma ‘zona de sombra’: ou seja, **uma zona em que se situam os casos relativamente aos quais é particularmente difícil prever os efeitos das operações notificadas, não sendo, por isso, possível alcançar uma clara certeza quanto ao facto de a probabilidade da criação ou ao reforço de uma posição dominante ser significativamente superior ou inferior à da não criação ou reforço de tal posição.** O sistema do Regulamento n. 4064/89 deve, portanto, necessariamente prever um critério para a solução destes casos de qualificação duvidosa ou difícil. 77. **Ora, creio que, nestes casos, a solução mais correcta será indiscutivelmente autorizar as operações notificadas.** 78. **Neste sentido parece-me militar o artigo 10º, n. 6, do regulamento, que estabelece que, se a Comissão, dentro dos prazos fixados, não tomar qualquer decisão sobre uma operação de concentração notificada, ‘considera-se que a operação de concentração é declarada compatível com o mercado comum’.** 79. Ao estabelecer que a operação deve considerar-se autorizada quando a Comissão sobre ela não se tenha atempadamente pronunciado, o legislador comunitário revela, efectivamente, considerar que, **quando não haja certezas quanto à compatibilidade, ou não, dessa operação com o mercado comum,** o interesse que deve primar é o das empresas que pretendam realizar a concentração. Por outras palavras, para estes casos, considerou-se preferível correr o risco de autorizar uma operação incompatível com o mercado comum do que o de impedir uma operação compatível e restringir assim, injustificadamente, a livre iniciativa económica das partes 80. O mesmo deveria acontecer, em meu entender, relativamente aos casos que integram a ‘zona cinzenta’ supra-referida, que também se caracterizam pela substancial incerteza quanto à compatibilidade, ou não, das operações notificadas com o mercado comum” [Grifado].

Tem-se, então, na ausência de decisão judicial ou mesmo de pronunciamento unívoco do CADE a respeito<sup>123</sup>, que a própria autoridade, em diferentes oportunidades, adotou argumentações contrapostas sobre o tema do ônus da prova: ora prefere-se a liberdade de iniciativa, ora prefere-se a livre concorrência, com base no princípio da precaução. Reforça-se, pois, a insegurança já inerente à análise perspectiva das concentrações econômicas.

A pesquisa realizada parece indicar, apesar da força dos argumentos colacionados junto à experiência europeia e ao apontamento da doutrina internacional no sentido de que o “erro tipo 2” é remediável por meio da repressão ao abuso do poder econômico, ser prudente considerar, para aquelas hipóteses extremas de ausência de prova de fato ou de falta de convencimento sobre fato mitigador do aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado, a vigência do princípio da precaução exclusivamente em função do pronunciamento do STJ em sede de matéria ambiental. Tal exercício de “prudência jurídica”, contudo, não se pretende exauriente da matéria, já que, como observado, há fortes argumentos também pela liberdade de iniciativa.

Fixada, ainda que preliminarmente, essa perspectiva sobre o ônus objetivo, volta-se a inquirir sobre o tema do ônus probatório da perspectiva subjetiva, ou seja, sobre “quem deve provar o quê”. Pelo menos três elementos apontam para justificar o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro impõe às empresas parte da concentração econômica (*i.e.*, aos administrados) o ônus de fazer prova de fato sobre os elementos mitigadores do aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado no caso concreto, especialmente diante do fato de que se desincumbir deste ônus processual opera justamente no interesse dos administrados.

A isto corresponde afirmar que, no Direito brasileiro, às empresas incumbe demonstrar que a sua visão sobre a futura conformação dos agentes e a futura dinâmica de funcionamento do mercado, pós-concentração, é mais provável de ocorrer do que a visão, conservadora quanto à preservação dos riscos concorrenciais, decorrente do aumento de concentração de mercado ou, de outra

---

<sup>123</sup> Resgate-se, por exemplo, que verifica-se contradição a este respeito no próprio Guia: em um trecho, a autoridade afirma não saber se a princípio uma concentração é pró ou anticompetitiva; posteriormente, o Guia pede provas persuasivas contra concentrações elevadas.



forma, demonstrar que não há nexos de causalidade entre a conformação inicial do mercado e sua dinâmica pós-concentração.

O primeiro elemento é o próprio princípio da precaução: se a dúvida opera contra as empresas, então se faz necessário que estas atuem ativamente para afastá-la, com a apresentação de provas suficientes para sustentar a autorização da concentração econômica pelo CADE.

O segundo elemento é a já repetida presunção legal existente a respeito de posição dominante inscrita no art. 36, § 2º da Lei. Ainda que tal presunção possa ser lida apenas como o estabelecimento de um patamar numérico ao conceito, como visto acima, fugidio de posição dominante, inevitável, à luz da também já repetida fundamentação econômica das políticas de defesa da concorrência, voltadas ao combate do exercício abusivo das posições dominantes, que, naqueles casos envolvendo participações de mercado comprovadamente acima deste patamar, se imponha às partes o ônus processual respectivo.

Aliás, é de se imaginar – alinhado ao posicionamento jurisprudencial estadunidense – que níveis maiores de concentração de mercado demandariam das partes maior empenho na apresentação de elementos mitigadores do aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado, na medida em que ainda prevalece na teoria econômica, de modo geral, a visão de que níveis mais elevados de concentração de mercado tendem a implicar uma dinâmica concorrencial mais pobre e, portanto, de piora do bem-estar dos consumidores (conforme até mesmo expresso no Guia brasileiro, em discussão já apontada anteriormente).

O terceiro elemento tem caráter informacional e está relacionado com o vulgar preceito do “quem pode, prova”: como já dito, as empresas, em função de suas atividades cotidianas, dispõem de um conjunto muito maior e preciso de informações sobre suas próprias atividades e sobre o seu mercado de atuação e deveriam, portanto, ser mais precisas em sua análise sobre os potenciais efeitos de uma concentração sobre a dinâmica concorrencial do mercado do que a autoridade.

O recurso ao Código de Processo Civil neste ponto parece despidendo, mas tem o seu valor argumentativo: é sempre importante lembrar que, ao autor, incumbe o ônus da prova “quanto a fato constitutivo do seu direito”. Ainda que não se esteja

diante de uma pretensão típica, naqueles casos resultantes em participações de mercado mais elevadas (superiores a 20%) é perfeitamente cabível, em sede de um juízo de verossimilhança à luz da teoria econômica mais amplamente aceita hoje, que o ônus probatório se imponha às partes do negócio jurídico. Adicionalmente, consoante prega a Lei n. 9.784/1999, é dever do administrado colaborar para o esclarecimento dos fatos, o que é plenamente compatível com o terceiro elemento acima destacado.

A conjugação desses três elementos, somada ao fato de que as partes é que vão ao CADE pedir a autorização para a sua concentração (e não o contrário, como na atuação repressiva da autoridade), impõe a conclusão de que cabe às partes fazer prova de suas alegações, devendo ser considerada superada a visão de que a autoridade, em virtude de seus amplísimos poderes instrutórios, é que tem que se desincumbir de forma exclusiva da produção de prova de todas as etapas da investigação sobre os efeitos de uma dada concentração sobre a concorrência.

Esta alocação do ônus da prova em seu caráter subjetivo, contudo, não implica dizer que a postura do CADE deve ser passiva quanto à instrução do processo de análise de concentrações: uma postura passiva é absolutamente incompatível com o dever da autoridade de fundamentar suas decisões – inclusive para que seja juridicamente possível se valer, em último caso, do princípio da precaução, já que este demanda prova da incerteza sobre o resultado da concentração e do risco de dano – e, mais do que isso, de examinar a prova constante dos autos e “indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Afinal, à autoridade incumbe sopesar os diferentes potenciais cenários de conformação do mercado após a concentração econômica, de forma a fundamentar corretamente sua decisão.

A passividade da autoridade também não é compatível com as normas que regem a análise de concentrações, consoante delineado nesta investigação, em função de seus amplos poderes instrutórios; muitas das provas necessárias ao exame de probabilidades inerente ao julgamento das concentrações econômicas – ainda que produzidas em favor das partes – somente podem ser obtidas pela própria autoridade, que deve fazê-lo sempre que entender necessário ou, em função da distribuição do ônus da prova, sempre que instada pelos administrados a fazê-lo,

sob pena de cerceamento de direito processual de caráter substantivo (*i.e.*, ser capaz de fazer prova de fato que lhe aproveita).

Pois bem. Este conjunto de constatações – aplicação do princípio da precaução, ônus da prova ao administrado nos casos de concentração de mercado superior a 20% e dever da autoridade de examinar provas e indicar as razões de convencimento – pode sugerir também a necessidade de exame do chamado *standard* (padrão) de prova aplicável à espécie. Isto é, se há condições, vinculadas à prova do fato alegado (ou, no caso da análise de concentrações, de determinada situação sobre a dinâmica de concorrência no futuro), que, se atendidas pela parte a quem recai o ônus da prova, determinam um julgamento favorável<sup>124</sup>.

Contudo, o próprio conceito de *standard* de prova, que define graus para a valoração das provas apresentadas e estabelece diferentes níveis de exigência em termos probatórios para os diferentes tipos de demanda conforme a valoração do bem jurídico em disputa (cível, criminal etc.), parece alheio aos ordenamentos jurídicos de matriz continental, como o brasileiro.

Não por outra razão é que no processo civil brasileiro quase não há referências que visam a orientar, as partes ou o juiz, de que forma atribuir valor às provas apresentadas e quanto ao grau de verossimilhança da alegação que é necessário atingir (ou preponderar) em cada tipo de caso. É verdade que o processo penal, em função do princípio da presunção de inocência, adota como regra de julgamento a máxima *in dubio pro reo*, o que implica que a condenação requer a certeza da materialidade do crime e da autoria; isto, contudo, não implica que cabe ao acusador apresentar provas “*beyond reasonable doubt*”, como é característico nas legislações de *Common Law*, mas que o juiz, na dúvida, deve decidir em favor do réu (regra de julgamento dirigida, por óbvio, ao julgador)<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> “The standard of proof refers to the level of proof required to reach a particular finding. It relates to the evidentiary standard that must be met in approving or prohibiting a concentration [...]” LEVY, N. *op. cit.* p. 87.

<sup>125</sup> Ainda que se encontre manifestação do Supremo Tribunal Federal referindo-se ao padrão norte-americano de *beyond reasonable doubt*: “Direito Penal. Ação Penal de competência originária. Operação Sanguessuga. Fraude em Licitação. Crime do Art. 90 da Lei 8.666/1993. Corrupção Passiva. Quadrilha. Deputado Federal. Falta de Prova Hábil. Absolvção. 1. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a

Isto porque, como já dito, vige no Direito brasileiro, a exemplo de outros ordenamentos, a norma de “convencimento motivado” do julgador: não há um pré-requisito em termos de quanto deve ser provado para que se estabeleça a existência de um fato ou para que se conclua que uma das partes do processo desincumbiu-se de seu ônus, mesmo em sede de juízo criminal<sup>126</sup>; cabe ao julgador convencer-se sobre a existência do fato (ou, para ser mais preciso e mesmo assim ainda sujeito a críticas<sup>127</sup>, sobre a verossimilhança da alegação sobre a existência do fato), e fundamentar sua decisão circunstanciadamente para motivar esse seu convencimento à luz do exposto pelas partes durante o contraditório, de forma racional<sup>128</sup>.

Expõe muito bem essa questão um dos procuradores da Comissão Europeia:

*In civil law jurisdictions, the question “How much evidence is required before concluding that a party has met its burden of proof?” does not typically receive an ex ante abstract answer in probabilistic terms. Or rather, the answer tends to be “as much evidence as necessary”. Necessary for what? Necessary to convince the judge. The key notion is that the evidence should be enough to persuade the judge of the facts; the judge will adjudicate the case on the basis of his/her personal persuasion at the end of the proceedings. It is standard of intime conviction, which applies equally in civil and criminal cases. The law only loosely frames how strong this “personal conviction” should be, except by way of legal presumptions and a limited control on judicial assessment of facts on further appeal.<sup>129</sup>*

---

melhor formulação é o “standard” anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2. À falta de prova suficiente da participação do acusado [...] impõe-se a absolvição. 3. Ação penal julgada improcedente.” (AP 521, Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 02/12/2014).

<sup>126</sup> Cf. o art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação de 2008: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

<sup>127</sup> Cf., por exemplo, os capítulos introdutórios de MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. *op. cit.* a respeito da impossibilidade de atingimento da verdade e as críticas ao papel desta o processo.

<sup>128</sup> Cf. DIDIER JR., F. et al. *op. cit.*, p. 107: “A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. [...] O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.”

<sup>129</sup> GIPPINI-FOURNIER, E. *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases* in EHLERMANN, C. e MARQUIS, M. *European Competition Law Annual 2009*. Hart Publishing, 2011. Nessa linha, também registre-se: “No clear standard of proof has been established. The fact is that the Tribunal is working in a diversity of legal traditions in an international framework and in a quasi-criminal context. We therefore tend to say that a given fact is

Veja-se sobre isto<sup>130</sup> que pesquisa simples de precedentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça revela serem raros os precedentes que se referem a *standard* probatório ou padrão de prova mesmo no âmbito penal. No âmbito do STJ, a pesquisa tem mais resultados quando trata da “valoração da prova”, embora também se observe, nesse caso, uma certa despreocupação com a relevância do tema, que tende a ficar subordinado de forma um tanto quanto superficial apenas à regra do “[livre] convencimento motivado”<sup>131</sup>. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado:

Tem-se, também, como aceito especial pela errônea valoração da prova, que pressupõe a contrariedade a princípio ou regra jurídica no campo probatório. Portanto, não se mostra errônea a valoração quando o julgador, lastreado no princípio do livre convencimento racional, considera as provas mais relevantes para o deslinde da controvérsia. [...] Porém, a prova testemunhal mostra-se deveras fraca, a ponto de inviabilizar qualquer pleito de nulidade [...] Dessarte, o que se tem não é erro na valoração probatória, mas sim a tentativa de atribuir ao conjunto probatório novo peso em busca de uma conclusão que seja favorável à recorrente, daí a incidência da Súmula n. 7.<sup>132</sup>

---

*proved 'à suffisance du droit', or in English, 'to the requisite legal standard'. Without, however, saying quite what that standard is. Thus, we have not yet articulated the difference known in common law systems between the criminal standard of 'proof beyond reasonable doubt' and the civil standard of 'balance of probabilities', a difference which is also known in civil law systems but not perhaps articulated in quite the same way. In practice, we are applying something very close to the criminal standard but perhaps subconsciously making some allowance in cartel cases for the inherent difficulty of proving collusion.”* BELLAMY, C. *Standard of Proof in OECD Policy Roundtables. Judicial Enforcement of Competition Law* (1996), p. 105, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf>.

<sup>130</sup> Certamente tema que merece investigação mais aprofundada da doutrina especializada.

<sup>131</sup> O Código de Processo Civil de 2015, em movimento simbólico, excluiu o termo “livre” do artigo respectivo à fundamentação judicial, de forma a assegurar maior controle do ativismo judicial etc. Sobre o tema, relevantes os apontamentos de STRECK, L. em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento> e, especialmente, <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Do mesmo autor, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>132</sup> REsp 1.096.598-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/8/2009. Em sentido contrário e ainda muito minoritário, é voto (de 2008) do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que a condenação civil ou administrativa não requer “os mesmos padrões de prova da condenação criminal, esta exige a determinação da culpabilidade além de qualquer dúvida razoável, enquanto aquelas - sanções civis e administrativas - apenas exigem uma preponderância da prova”. AI N° 996.634 - AP (2007/0302133-5), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, (16/04/2008). Nessa linha, em 19.7.2015 havia apenas treze precedentes do STJ (decisões monocráticas) fazendo referência ao tema da “preponderância da prova” para

Tem-se, pois, no âmbito da análise das concentrações empresariais, que não parece pertinente exigir do CADE, ou das partes, determinados *standards* probatórios sobre os fatos alegados; ao contrário, diante das regras que regem o processo civil no Brasil e o próprio Direito Administrativo, impõe-se que o CADE fundamente detalhadamente seu raciocínio probatório e decisório, de forma coerente e congruente, explicitando a valoração das provas, inclusive aquelas descartadas porque insuficientes, na visão da autoridade, para provar os fatos alegados, principalmente para assegurar às partes e ao público a possibilidade de controle das decisões.<sup>133</sup>

---

tratar implicitamente do padrão de prova, com menção à constatação de que esse *standard* implica dizer que 'é mais provável do que não', o que quer que isso signifique no caso concreto decidido pelo TJ-RS (Agravo em Recurso Especial nº 430.538 - RS (2013/0376670-6), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

<sup>133</sup> Cf., a este respeito, SCHMITZ. L. Z. *Fundamentação das Decisões Judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.

## 6 Meio de prova

Os “elementos de informação” utilizados como “fonte de prova” para o exame dos efeitos concorrenciais das concentrações econômicas envolvem, de um lado, dados, informações e documentos prestados diretamente pelas partes interessadas no resultado do processo, e, de outro, dados, informações e documentos apresentados por terceiros (concorrentes, clientes, associações comerciais e sindicatos, fornecedores etc.), espontaneamente ou, como é mais comum, por determinação expressa da autoridade.

Tais dados, informações e documentos, evidentemente, tratam da formação do convencimento da autoridade a respeito da conformação da estrutura e da dinâmica de concorrência do mercado no momento pré-concentração, com os fatos “no retrovisor”; não obstante, é a partir do convencimento sobre estes fatos que as partes e a autoridade podem desenvolver argumentos para avaliar a probabilidade de ocorrência dos diferentes cenários futuros de conformação da estrutura e da dinâmica dos mercados pós-concentração. A correta compreensão do passado, portanto, é essencial para que a autoridade e as partes possam se desincumbir dos seus respectivos ônus probatórios.

Segundo relatório produzido por organização internacional voltada ao desenvolvimento das autoridades de concorrência, há pelo menos cinco diferentes categorias de elementos de informação que podem ser importante fonte ou meio de prova de elementos fáticos relevantes para o exame dos efeitos das concentrações econômicas<sup>134</sup>:

- *pre-existing documentary evidence, such as corporate strategy documents, planning documents, and sales reports;*
- *materials, such as surveys, reports, and compilations of information, that are created in anticipation of the merger or as part of the merger investigation and analysis;*
- *descriptive evidence from market participants (i.e., customers, suppliers, competitors, and employees of the merging parties);*
- *written responses to inquiries and compulsory requests for information; and*

---

<sup>134</sup> International Competition Network (ICN), *Investigative Techniques Handbook for Merger Review*, “Chapter 3: Developing Reliable Evidence”, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc322.pdf>

- *expert and quantitative evidence, including industry and economic expert analysis and testimony.*

Quanto aos dados, informações e documentos apresentados pelas partes no momento do pedido de autorização, estes constam – pelo menos em sua grande maioria – do Anexo I ou II da Resolução n. 2/2012 do CADE (os chamados “formulários” de notificação). Estes “formulários” expõe as abrangentes e aprofundadas exigências documentais e informacionais que o próprio CADE entende necessárias para que se dê início às investigações respectivas sobre os efeitos da concentração; não sem surpresa, observa-se que os requerimentos encontram correspondência nas etapas do Guia de Análise.

Tem-se, portanto, que o pedido de autorização é instruído, a princípio, pelas próprias partes, alinhando a distribuição do ônus da prova já neste primeiro princípio, pois estas dispõem de mais informações sobre seu segmento de atuação do que a autoridade, como já repetido aqui, sendo logicamente natural que estas busquem “educar” a autoridade.

Neste ponto, contudo, é relevante destacar que, como qualquer pedido inicial, a apresentação dos dados, informações e documentos requeridos pela autoridade não se resume a apenas a apresentação fria de dados, mas sim – vide discussão sobre o ônus probatório – a um verdadeiro pedido, concatenando dados, informações e documentos e elementos de interpretação e análise sobre estes dados, para influenciar a formação do convencimento da autoridade. Sobre os formulários de notificação na Europa, já se apontou que estes são “*in many respects a pleading, rather than a simple form. It represents the first, and in some cases the best, opportunity for the [...] parties to present affirmative evidence*”.<sup>135</sup>

Embora este seja um exercício legítimo do direito de petição<sup>136</sup> – conduzido tanto pelas partes quanto por terceiros (concorrentes, clientes e fornecedores) – o caráter argumentativo associado à apresentação de dados e informações talvez se

---

<sup>135</sup> LEVY, N. *op. cit.* p. 123. Neste artigo há, provavelmente, mais discussão sobre as fontes de prova na análise de concentrações do que em qualquer outro texto. Cf., também, SCHEFFMAN, D. *Sources of Information and Evidence in Merger Investigations*, disponível em [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/sources-information-and-evidence-merger-investigations-ftc-economists-view/sourcesofinfobrussels03.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/sources-information-and-evidence-merger-investigations-ftc-economists-view/sourcesofinfobrussels03.pdf).

<sup>136</sup> Assumindo, por óbvio, o comportamento de boa-fé e o dever de apresentação dos fatos “conforme a verdade”.



sobreponha à objetividade e afastamento necessário para a análise de elementos econômicos; com efeito, parece não ser fácil traçar a linha entre os dados – “*cold, hard data*” –, a interpretação desses dados, e, por fim, a opinião formada a partir dessa interpretação. Por exemplo, séries históricas de preços e quantidades de uma determinada empresa indicando momentos de “choque da demanda” dificilmente podem ser, por si só, indicativos de uma dada realidade; tais dados precisam ser contextualizados e interpretados a partir da teoria econômica e das decisões empresariais dessa empresa, tornando a distinção entre dado e opinião bastante mais complicada do que aparenta.

Disso decorre o que se poderia caracterizar como uma certa insistência das autoridades em examinar, para além de dados, informações e documentos produzidos para obter a autorização da concentração, documentos internos, produzidos para outros fins, quanto à conformação do mercado e da concorrência<sup>137</sup>.

Como exposto pelo guia estadunidense de análise:

*This information [from the merging parties] can take the form of documents, testimony, or data, and can consist of descriptions of competitively relevant conditions or reflect actual business conduct and decisions. Documents created in the normal course are more probative than documents created as advocacy materials in merger review. Documents describing industry conditions can be informative regarding the operation of the market and how a firm identifies and assesses its rivals, particularly when business decisions are made in reliance on the accuracy of those descriptions. The business decisions taken by the merging firms also can be informative about industry conditions [...]*

***Explicit or implicit evidence that the merging parties intend to raise prices, reduce output or capacity, reduce product quality or variety, withdraw products or delay their introduction, or curtail research and development efforts after the merger, or explicit or implicit evidence that the ability to engage in such conduct motivated the merger, can be highly informative in evaluating the likely effects of a merger [...]*** [Grifado].

No Brasil, nessa esteira, o CADE requer a apresentação de documentos preparados pelas partes antes da realização da concentração, de forma a identificar outros

---

<sup>137</sup> Conforme já citado relatório da ICN (p. 8), “*Because they were created before the merger was contemplated, ordinary-course of business documents tend to be viewed as reliable sources of evidence upon which analysis can be conducted and appropriate conclusions drawn. [...] Both factual documents and analytical documents provide information to test assertions made by the parties during the investigation.*”

elementos – para além daqueles dados, informações e documentos apresentados com vistas a obter a autorização da concentração – informativos sobre a conformação dos mercados, o “dolo” das partes na realização da concentração, e também sobre o posicionamento da concorrência.<sup>138</sup>

Há críticas, não obstante, ao uso de documentos preparados por executivos fora do contexto de concentrações econômicas como meio de prova de potenciais efeitos anticompetitivos pós-concentração ou mesmo de conformação do mercado no momento pré-concentração. Essas críticas tem por base, fundamentalmente, duas razões: primeiro, executivos não usam linguagem técnica de cunho concorrencial no seu dia-a-dia (e.g., o que um executivo pode chamar de “mercado” em uma apresentação interna não necessariamente corresponde a um “mercado relevante” propriamente definido em termos econômicos), e, segundo, muitas vezes as afirmações de executivos, no dia-a-dia, podem ser exageros ou distorções, voltados a atender interesses individuais (e.g., o executivo que quer ver seu bônus majorado e, por isso, diz que eliminou a concorrência), ou serem baseadas em um conjunto de informações menor do que aquele de que dispõem a teoria econômica.<sup>139</sup>

Somam-se, como fonte primordial de prova na análise das autoridades, os requerimentos de informações direcionados a concorrentes, clientes e fornecedores, que caracterizam, normalmente, prova documental (*i.e.*, respostas a pedidos das autoridades). Tais requerimentos, para além de confirmar os dados e informações apresentados pelas partes (*i.e.*, uma espécie de controle para distinguir meras opiniões e dados factuais sobre a realidade), permitem à autoridade obter uma visão mais ampla sobre a conformação do mercado e da concorrência e, em especial no

---

<sup>138</sup> Nos termos do citado Anexo I, como referido pelo Guia, as partes devem apresentar: “(i) estudos de mercado, pesquisas, relatórios, projeções e qualquer outro documento, elaborado por terceiros ou não, que estejam relacionados: ao posicionamento competitivo da empresa e de suas concorrentes; às condições de demanda e oferta; à disputa por clientes; ao comportamento estratégico (como preço, venda, lançamentos, inovação e entradas/saídas); às denúncias de comportamento anticompetitivo de empresas que integram o mercado relevante, entre outros; (ii) relatório de marketing, relatório comercial, planos e estratégias de divulgação da marca, relatório de posicionamento de produto e qualquer outro similar; (iii) planejamento estratégico, plano de negócios, planos de expansão e contenção, e qualquer outro similar.”

<sup>139</sup> MANNE, G. e WILLIAMSON, M. *Hot Docs vs. Cold Economics*. Arizona Law Review, v. 47, disponível em <https://ssrn.com/abstract=676727>.

que diz respeito às informações prestadas por clientes<sup>140</sup>, assegurar que está considerando em sua análise os dados e informações daqueles diretamente envolvidos na concorrência pré-operação e mais afetados por eventual exercício de poder de mercado.

Contudo, as autoridades reconhecem que devem ter cautela nas informações prestadas por concorrentes. Conforme assinalado por economista da *Federal Trade Commission*<sup>141</sup>:

Competitors can be important sources of information for understanding the competitive environment, and in some cases on the likely effects of a proposed transaction. [...] However, the motives of competitors must be carefully considered in assessing the information provided. **The most common presumed effect of an anticompetitive transaction, increased prices, would generally be a benefit to competitors, who would be unlikely to complain about such a transaction. Alternatively, competitors generally have an incentive express negative views about a proposed transaction that would result in a stronger competitor and competition.** [...] The agencies attempt to thoroughly assess the “real” underlying bases of competitor concerns. [...] **The more objective the information is that is provided, the less problematic this issue may be. Providing supporting documentation or data can also be important to ensure that the information provided by the competitor can be supported.** [Grifado, notas omitidas]

É preciso novamente ressaltar, assim, que cabe à autoridade e às partes distinguir e controlar o que são informações e dados (fatos) daquelas considerações que envolvem meras opiniões ou desejos, seja originários de concorrentes, seja originários de clientes ou consumidores. Como bem posto pela International Competition Network (ICN) a respeito:

*Questions [from the authorities] should be as precise as possible to avoid loopholes, ambiguities, or misunderstandings that could*

---

<sup>140</sup> Quando for aplicável, é claro. Em casos envolvendo o consumidores muito pulverizados, a realização, ou identificação de documentos já existentes para este fim, de pesquisas de hábitos e atitudes pode ser útil para obtenção destes elementos; há contudo certa resistência das autoridades em aceitar pesquisas estatisticamente irrelevantes ou que incluam perguntas que apontem “viés” em favor das partes. Confirma-se, a esse respeito, orientação da autoridade inglesa sobre o tema (*Good practice in the design and presentation of consumer survey evidence in merger inquiries*), ainda bem alinhada à prática internacional, disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/mergers-consumer-survey-evidence-design-and-presentation>.

<sup>141</sup> SCHEFFMAN, D. *op. cit.* pp. 3-4.

*significantly reduce the evidentiary value of the information obtained. [...] Although opinions of market players can be helpful in gaining an understanding of the relevant market mechanisms, hard data constitute better evidence than mere opinions, and this fact must be reflected in the way the requests are written. Requests for written responses should therefore focus more on verifiable facts and figures and less on eliciting opinions and conclusions.* [Grifado]

Para além disto, no que toca ao meio de prova é também relevante destacar os demais métodos económicos quantitativos alternativos, por assim dizer, relevantes para auxiliar a identificação da conformação do mercado e da dinâmica de concorrência no momento pré-operação e, também, determinar os efeitos da concentração sobre a concorrência. Segundo a ICN:

*Economics provides competition agencies with the conceptual framework and tools to distinguish between mergers that are unlikely to have significant anticompetitive effects from those that may, and require further analysis. When more analysis is required, economics and economic evidence can inform predictions of the likely competitive effects of a merger, which can aid in determining whether the applicable legal test is met and whether agency intervention is ultimately necessary. [...] There are three main ways in which economics enters merger analysis: (i) understanding how the market functions; (ii) formulating a credible theory or theories of harm; and (iii) applying relevant evidence to the theory or theories to better understand the effects of the merger.*<sup>142</sup>

Nesta rubrica incluem-se exercícios estatísticos e económicos dos mais variados, como, por exemplo, a “análise de perda crítica”<sup>143</sup>, *Upward Pricing Pressure* e *Gross Upward Pricing Pressure Index*<sup>144</sup>, simulações<sup>145</sup>, “experimentos naturais”<sup>146</sup>, estudos de preço concentração (*price concentration*)<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> International Competition Network, *The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis* (2013), disponível em <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc903.pdf>.

<sup>143</sup> Cf. o Guia, p. 20: “A análise busca avaliar o quanto as vendas precisam cair de modo a render um aumento percentual de preço que torne o negócio não lucrativo. Em geral, avalia-se se um aumento de 5% (sem prejuízo de outros parâmetros) nos preços torna o negócio não lucrativo, considerando as margens de lucro e poder de mercado pré-fusão”.

<sup>144</sup> Cf. PITTMAN, R. Three Economist’s Tools for Antitrust Analysis, disponível em <https://www.justice.gov/atr/page/file/925641/download>, p. 15: “*Upward Pricing Pressure (UPP) might be considered a first cousin to the use of critical loss in the analysis of the unilateral effects of a proposed merger, with, among other wrinkles, a more direct focus on the potential efficiencies of the proposed merger and whether they are likely to outweigh the loss of competition in the price-setting of the merged firm.*”

Independentemente da espécie de exercício econômico, estatístico ou econométrico utilizado para amparar o convencimento sobre o funcionamento do mercado, parece haver consenso no sentido de que tais “meios de prova” – na verdade, mais formas de argumentação com base em dados empíricos, estes sim, meio de prova propriamente ditos – devem respeitar alguns critérios mínimos para serem aceitos e estarem melhor adequados à análise realizada pela autoridade.

Dentre estes critérios, destaca-se sempre que *“economic evidence should be based on clear economic theory, and should be transparent, replicable and intuitive to allow non-economists to fully understand the analysis”*<sup>148</sup>; nessa linha, cabe também resgatar a experiência estadunidense, na qual a Suprema Corte, ao se deparar com estudos técnicos complexos, estabeleceu critérios relevantes para lidar com os fatos e conclusões desses estudos. Conforme apontaram economistas vinculados às autoridades norte-americanas

*In Daubert the Supreme Court required trial judges to ensure that only “scientifically valid” testimony is exposed to the jury. In Kumho Tire the Court explained the purpose of “Daubert’s gatekeeping requirement” “is to make certain that an expert . . . employs in the courtroom the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field,” and it made clear that the gatekeeping requirement applies to all expert testimony, including*

<sup>145</sup> Cf. p. 49 do Guia: “Modelos matemáticos e econométricos que simulem os efeitos da operação [...]. No caso de uma simulação de efeitos, estimam-se alguns parâmetros atuais da demanda e da oferta para tentar aferir o que pode acontecer no futuro (após a fusão) com relação aos preços do mercado, controlando eventuais níveis de ganho de eficiência derivado da operação. Dentre os parâmetros [...], o CADE pode analisar (i) o nível real de preços, a margem de lucro da indústria e de cada agente do mercado; (ii) a fração de consumidores que desviam sua demanda para concorrentes das requerentes em razão de aumento de preços; e (iii) outros fatores [...].”

<sup>146</sup> Segundo o Guia estadunidense, *“the Agencies look for historical events, or “natural experiments,” that are informative regarding the competitive effects of the merger. For example, the Agencies may examine the impact of recent mergers, entry, expansion, or exit in the relevant market. Effects of analogous events in similar markets may also be informative.”*

<sup>147</sup> Cf. BISHOP, S. e WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Sweet & Maxwell, 2010, p. 605: *“Price concentration studies investigate the relationship between price and concentration, or market share, in a given industry or industry segment. It does this by considering how price and concentration vary over a number of separate ‘markets’.”*

<sup>148</sup> OECD Policy Roundtable. *Economic Evidence in Merger Analysis* (2011), disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf> e ICN, *The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis* (2013), disponível em <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc903.pdf>.

*economic testimony in merger cases. In Daubert, the Court also held that expert testimony is admissible only if “sufficiently tied to the facts of the case that it will aid the jury in resolving a factual dispute,” i.e., only if there is a good “fit” between the testimony and the pertinent inquiry. In Joiner, the Court again stressed this “fit” requirement in cautioning that a court should not “admit opinion evidence which is connected to existing data only by the ipse dixit of the expert. A court may conclude that there is simply too great an analytical gap between the data and the opinion proffered.”<sup>149</sup>*

Tratam esses critérios, em suma, de uma tentativa de assegurar que as decisões baseadas em estudos econômicos técnicos e complexos possam ainda estar sujeitos a um controle democrático, condizente com os padrões de motivação esperados da autoridade.

Esta tentativa de sumarizar os principais “meios de prova” na análise de concentrações econômicas evidenciam as muitas dificuldades práticas existentes na delimitação das condições fáticas que informam o exercício de identificação dos efeitos concorrenciais e verificação dos critérios postos pela Lei para a autorização ou proibição dos negócios jurídicos. Fixadas estas dificuldades, cabe passar à conclusão do trabalho.

## **7 Conclusões e recomendações**

Esta dissertação buscou, a partir da Lei n. 12.529/2011, responder a alguns questionamentos, até agora praticamente ignorados, sobre a temática da prova no âmbito das análises das concentrações econômicas, como se há, no ordenamento jurídico um conjunto de condições necessárias e suficientes para que determinado elemento seja considerado *prova* de determinado fato, quais os meios de prova relevantes para a análise das concentrações empresariais, e a quem incumbe

---

<sup>149</sup> WERDEN, G. et al. *A Daubert Discipline for Merger Simulation*, disponível em [http://www2.owen.vanderbilt.edu/lukefroeb/froeb\\_papers/antitrust/2004\\_antitrust.Daubert.pdf](http://www2.owen.vanderbilt.edu/lukefroeb/froeb_papers/antitrust/2004_antitrust.Daubert.pdf).

Os autores concluem: “Any model used to predict the effects of a merger must fit the facts of the industry in the sense that the model explains past market outcomes reasonably well. Many critical modeling choices can be justified or rejected by evidence gathered in the normal course of a merger investigation. The modeling exercise indicates kinds of evidence useful to gather and how to interpret it, while the evidence indicates whether any given model is appropriate. When the evidence cannot justify or reject an important choice, a sensitivity analysis should be done. A range of estimates should be reported that reflect the uncertainty in the model’s predictions.”

produzir a prova dos fatos nesse contexto. Buscou-se contextualizar estas perguntas relevantes e esboçar resposta para algumas delas.

Para tanto, a etapa inicial do estudo examinou a moldura jurídica que estabelece os critérios de exame das concentrações empresariais no Brasil (Capítulo 2), com vistas a debater as “máximas de experiência” da metodologia tradicional de análise de concentrações (Capítulo 3). Uma breve análise de Direito Comparado permitiu informar o contexto histórico da análise de concentrações no Brasil e a forma pela qual diferentes ordenamentos jurídicos resolveram o problema da prova nos “atos de concentração”, ou, se não resolveram, pelo menos o encaminharam e tem lidado com ele (Capítulo 4).

Em seguida, debateu-se o ônus da prova na legislação brasileira, ponto fundamental de toda a análise de concentrações (Capítulo 5), e fez-se uma breve apresentação dos meios e fontes de prova disponíveis para o exame de situação fática prospectiva (Capítulo 6).

Ainda que esta dissertação não tenha podido – por absoluta falta de contextualização teórica do que se pretendia discutir – enveredar pela análise empírica da prática do CADE sobre o tema da prova, o que merece ser feito até como continuação das diversas indagações resultantes da pesquisa jurídica realizada, é possível extrair dela algumas lições práticas fundamentais ao bom desempenho da atividade do CADE no controle de estruturas de mercado conducentes a comportamentos anticompetitivos.

A primeira lição prática é uma necessidade de aprofundamento das investigações e posterior posicionamento expresso da autoridade sobre o tema do ônus da prova; a insegurança jurídica em relação à regra de julgamento vigente em caso de dúvidas e a falta de clareza sobre “quem prova o quê”, para além do grave problema de expor a autoridade a questionamentos judiciais fundamentados, a exemplo do que ocorreu na União Europeia, aumentam desnecessariamente os custos de administração do sistema de controle de concentrações, tanto para as empresas quanto para o próprio CADE.

A segunda lição prática é a necessidade de aprimoramento do Guia de Análise para resolver suas inconsistências internas, dar conta do balanço de probabilidades entre

cenários de prognósticos sobre os efeitos de uma dada operação de maneira mais equânime, e melhor adequá-lo aos comandos legais, que, por sua vez, também merece maior atenção de juristas e economistas para que se fixem balizas de interpretação coerentes com a realidade da economia brasileira.

A terceira lição prática é que, diante do tipo de decisão sob incerteza a ser dado pelo CADE, é essencial, como garantia de isonomia e de segurança jurídica, que a autoridade zele e assegure que suas decisões, mesmo em casos simples, não só correspondam à teoria econômica e tenham embasamento científico, mas que obedeçam critérios de racionalidade e lógica, especialmente no tocante à avaliação dos fatos (raciocínio probatório), com motivação expressa e detalhada das razões de decidir. Mais uma vez, a experiência europeia pode ser útil para melhorias neste aspecto.

A quarta lição prática diz respeito ao comportamento das partes: a apresentação de informações e dados, diante das regras de ônus da prova e da dificuldade inerente ao exercício prognóstico do controle de concentrações, à autoridade é parte fundamental do sucesso (ou fracasso) do processo de convencimento da autoridade.

O “preenchimento do formulário”, mais do que o atendimento a um requisito burocrático extenso, abrangente e detalhado, é essencialmente exercício de argumentação jurídica e econômica, e cabe às partes fazer melhor uso dessa oportunidade para apresentar seu cenários sobre os efeitos da concentração de forma convincente e com base em provas econômicas sólidas, o que pode diminuir a relevância da interferência de terceiros no processo, ou mesmo das “opiniões” apresentadas à autoridade travestidas como “dados e informações sobre o mercado”.

Há certamente mais lições práticas a serem extraídas desta dissertação, mas estas dependem da conjugação deste, e de outros exercícios teóricos que aprofundem e sofisticuem o debate, especialmente na necessidade de prolação de decisões sob incerteza, com análises empíricas não apenas sobre a prática do CADE em suas decisões sobre concentrações econômicas, mas sobre os próprios fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência, o que – por mais que a prática jurídica se aprimore – somente pode ser feito com o auxílio da academia.



Enfim, parece que a tarefa do cego, de descrever o elefante, não é das mais difíceis.

## 8 Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies* (2012)

ANDRADE, J. M. *Argumentação Jurídica e Teoria das Provas no Direito da Concorrência* in COUTINHO, D. et. al. *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Gen (2015).

\_\_\_\_\_. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin (2014).

BAER, B. *Clayton Act 100<sup>th</sup> Anniversary Symposium* (2014), disponível em <https://www.justice.gov/opa/speech/remarks-assistant-attorney-general-bill-baer-american-bar-association-clayton-act-100th> [grifado].

BAILEY, D. *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective* in *Common Market Law Review*, v. 40, 845 (2003).

BAKER, J. e BRESNAHAN, T. *Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power* in BUCCIROSSI, P. *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2007.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *O juiz e a prova*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul-set., 1984.

\_\_\_\_\_. *Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*. In: *Temas de direito Processual – 2a Série*. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *As presunções e a prova* in *Temas de direito processual*, 1a. série. 2a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAY, M. e CALZADO, J. *Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, disponível em [https://www.lw.com/upload/pubContent/\\_pdf/pub1460\\_1.pdf](https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1460_1.pdf);

BELLAMY, C. *Standard of Proof in OECD Policy Roundtables. Judicial Enforcement of Competition Law* (1996), p. 105, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf>.

BISHOP, S. e WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Sweet & Maxwell, 2010

BOK, D. *Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics* in *Harvard Law Review*, vol. 74, no. 2, 1960, pp. 226–355, disponível em [www.jstor.org/stable/1338755](http://www.jstor.org/stable/1338755).

BOTTEMAN, Y. *Mergers, Standard of Proof and Expert Economic Evidence* in *Journal of Competition Law and Economics* v. 2(1)

BRUNA, S. V. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

CAOIMH, A. *Perspective of the Court of Justice of the European Union* in EHLERMANN, C. e MARQUIS, M. *op. cit.* p. 281.

CARDOSO, D. S. *Política antitruste e sua consistência: Uma análise das decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência relativas aos Atos de Concentração*. (Mestrado em Economia) - Centro De Ciências e Tecnologias Para a Sustentabilidade, Universidade Federal de São Carlos (2013).

CARNELUTTI, F. *Verdade, dúvida e certeza*. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, 1998.

\_\_\_\_\_. *A Prova Civil: Parte Geral – O Conceito Jurídico da Prova*. São Paulo: LEUD (2003).

CARSTENSEN, P. *The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World*, in *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 2 (2015).

CLERMONT. K. M; SHERWIN, E. *A comparative view of standards of proof* in *American Journal of Comparative Law*. v. 50, 2002.

COHEN, L. J. *Some Historical Remarks on the Baconian Conception of Probability*. *Journal of the History of Ideas*. University of Pennsylvania Press, vol. 41, n. 2, Apr. - Jun., 1980.

COHEN, L. J. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COSTA, M. *A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela Lei nº 8.884/1994* in *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 5, n. 6 (1998).

CRANE, D. *Rationales for Antitrust* in Blair, R. e Sokol, D. (eds). *The Handbook of International Antitrust Economics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

DAVIS, P. e GARCÉS, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. New Jersey, Princeton University Press, 2010

DIAS, J. C. *A repercussão processual dos princípios ambientais prudenciais no ônus da prova nas ações ambientais*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 29, 2005

DIDIER JR., F. et al. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. JusPodivm: Salvador, 2016

DIDIER JR., F. et. al. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Jus Podivm, 2007

DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3. São Paulo: Malheiros.

DUTRA, P. *A Concentração do Poder Econômico: Aspectos Jurídicos do art. 54 da Lei 8884/94* in *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 3 (1996).

EHLERMANN, C. e MARQUIS, M. *European Competition Law Annual 2009*. Hart Publishing, 2011, dentre outros.

FABRÍCIO, A. F.. *Fatos notórios e máximas de experiência*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 376, novembro-dezembro 2004.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*. Singular: São Paulo, 2003;

FISHER, A.A. e LANDE, R. H. *Efficiency Considerations in Merger Enforcement*, 71 Cal. L. Rev. 1580 (1983), disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol71/iss6/1>.

FLACH, D. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação na prática*. São Paulo: RT, 2009.

FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

GICO Jr., I. T. *Cartel: Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex, 2006.

GILBERTO, A. M. *O processo antitruste sancionador*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/>.

GINSBURG, D. H e WRIGHT, J. D. *Philadelphia National Bank: Bad Economics, Bad Law, Good Ridance in Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 2 (2015).

GIPPINI-FOURNIER, E. *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases* in EHLERMANN, C. e MARQUIS, M. *European Competition Law Annual 2009*. Hart Publishing, 2011

HAACK. S. *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the law*. Cambridge, 2014

HEILBRONER, R. L. *The Wordly Philosophers*. 7ª ed. atualizada. Touchstone: Nova Iorque, 1999.

HOLANDA FERREIRA, S. B. e RÓNAI, Paulo. *Mar de Histórias: Antologia do Conto Mundial*, 5ª e., v. 1., Nova Fronteira: 2013.

HOVENKAMP, H. et. al. *Antitrust Law: Policy and Procedure: Cases and Material*, 7ª ed. St. Paul: West Publishing, 2014.

HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St.Paul: West Group, 1999.

HUNT, E. K. e LAUTZENHEISER, M. *History of Economic Thought: A Critical Perspective*. 3ª ed. Routledge: Nova Iorque, 2015.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN), *The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis* (2013), disponível em <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc903.pdf>.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN), *Investigative Techniques Handbook for Merger Review*, “Chapter 3: Developing Reliable Evidence”, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc322.pdf>

IRTI, N. *Dubbio e decisione. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LVI, n.1, gennaio-marzo 2001.

IVALDI, M. et. al. *The Economics of Horizontal Mergers: Unilateral and Coordinated Effects*, disponível em [http://www.een.sk/docs/KD7105150ENS\\_002.pdf](http://www.een.sk/docs/KD7105150ENS_002.pdf);

JAMES JR., F. *Burdens of Proof*, 47 Va. L. Rev. 51 (1961), disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4121&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4121&context=fss_papers).

KAPLOW, L. e SHAPIRO, C. *Antitrust*, pp. 59 a 99, disponível em <http://www.nber.org/papers/w12867>

KNIJNIK, D. (org.) *Prova Judiciária: Estudos sobre o Novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado (2007).

\_\_\_\_\_. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 942-951.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os “standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle*.

KOLASKY, W. e DICK, A. R. *The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies Into Antitrust Review Of Horizontal Mergers* in *Antitrust Law Journal*, n. 71 (janeiro de 2003)

KRATTENMAKER, T.G., LANDE, R. H. E SALOP, S. *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law*. Disponível em <https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law>

LEDDY, M. et al. *Transatlantic Merger Control: The Courts and the Agencies* in *Cornell International Law Journal*, v. 43 (2010).

LEVY, N. *Evidentiary Issues in EU Merger Control* in HAWK, B. *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law* (2008).

LIMA, T. N. *O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06072011-094418/>;

MACCULIFF, C. M. A. *Burden of proof: degrees of beliefs, quanta of evidence or constitutional guarantees* in *Vanderbilt Law Review*, n. 35, 1982, p. 1297.

MANNE, G. e WILLIAMSON, M. *Hot Docs vs. Cold Economics*. *Arizona Law Review*, v. 47, disponível em <https://ssrn.com/abstract=676727>.

MARINONI, L. G. e ARENHART, S. *Prova e Convicção*. 3a. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil, v. 2. Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT (2014, 12<sup>a</sup> ed.).

MCNAUGHTON, J. *Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion* in *Harvard Law Review*, vol. 68, no. 8, 1955, pp. 1382–1391, disponível em, [www.jstor.org/stable/1337319](http://www.jstor.org/stable/1337319).

MENDONÇA, D. *Presumptions. Ratio Juris*. Oxford: Wiley-Blackwell/Università di Bologna, Vol. 11, n. 4, december 1998, p. 407.

MENEZES, P. *Novos Rumos Da Prova Pericial*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

MICHELE, G. A. e TARUFFO, M. *A Prova* in *Revista de Processo* (v. 16/1979), p. 155.

MONTI, G. *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law?* (LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2008), disponível em [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm)

MUELLER, T. e CHARRO, P. *Getting Serious about Evidence: A Transatlantic Perspective on the Role of Courts and the Standards of Judicial Review*, disponível em

[http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale\\_Shared\\_Content/Files/Editorial/Publication/IBA\\_Prague\\_speech\\_Mueller.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/IBA_Prague_speech_Mueller.pdf);

NEIVA, C. M. A. *A formação do Juízo sobre Fatos na Decisão Judicial*. Dissertação (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-161906>.

NEVES, D. A. A. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009

NIELS, G. et al. *Economics for Competition Lawyers*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011,

OECD Policy Roundtable. *Economic Evidence in Merger Analysis* (2011), disponível em

<http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>

OECD Policy Roundtables (1995). *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, disponível em

<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2379526.pdf>

PEREIRA NETO, C. M. S. e CASAGRANDE, P. L. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 64 a 82

PEREIRA NETO, C. M. S. e GERADIN, D. *Restrições Verticais adotadas por Empresas Dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Européia*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

PERELMAN, C. *Evidência e prova*. In: *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Da prova em filosofia*. In: *Retóricas*. 2a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINHEIRO, A. C. e SADDI, J. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005, capítulo 8.

PINHO, J. M et al. *Um Pequeno Guia Moderno de Análise de Fusões* in RODAS, J. G. (ed.) *Direito Econômico e Social*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PITTMAN, R. Three Economist's Tools for Antitrust Analysis, disponível em <https://www.justice.gov/atr/page/file/925641/download>,

PORTER, M. *Estratégia Competitiva: Técnicas para análise de indústrias e da concorrência*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

POSNER, R. e LANDES, W. *Market Power in Antitrust Cases* in *Harvard Law Review* v. 94, 937 (1980),

RAGAZZO, C. E. J. *A Regulação da Concorrência*, disponível em [http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20/](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/)

REEVES, T. e DODOO, N. *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law* in *Fordham International Law Journal*, v. 29, 5 (2005),

REICHELT, L. A. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado (2009).

RIBAS, F.. *A prova no processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. Tese de Doutorado em Direito do Estado.

RÖLLER, L. et al. *Efficiency Gains from Mergers*, disponível em [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency\\_gains.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency_gains.pdf)

ROSITO, F. *Direito probatório: as máximas de experiências em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALOP, S. *The evolution and vitality of merger presumptions: a decision-theoretic approach* in *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 2 (2015).

SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre Atos de Concentração* in *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 4 (1997):

SANTOS, M. A. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad (1970).

SCHEFFMAN, D. *Sources of Information and Evidence in Merger Investigations*, disponível em [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/sources-information-and-evidence-merger-investigations-ftc-economists-view/sourcesofinfobrussels03.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/sources-information-and-evidence-merger-investigations-ftc-economists-view/sourcesofinfobrussels03.pdf).

SCHMALENSSEE, R. *Another Look at Market Power* in *Harvard Law Review* v. 95

SCHMITZ, L. Z. *Fundamentação das Decisões Judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.

SCHUARTZ, L. F. *O Direito da Concorrência e seus Fundamentos: Racionalidade e Legitimidade na aplicação da Lei nº 8.884/1994* in POSSAS, M. L. (org.) *Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular (2002).

\_\_\_\_\_. *Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo: A Autonomia do Direito Perante a Economia e a Política da Concorrência* in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, p. 96-127, dez. 2014, disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42123>>.

\_\_\_\_\_. *A Desconstitucionalização do Direito da Concorrência* in SOUZA NETO, SARMENTO e BINENBOJM (eds.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Lumen Juris (2008), p. 761.

SEN, A. K. *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory* in *Philosophy and Public Affairs*, n. 6, n. 4 (1977)

SILVEIRA, D. *Prova, Argumento E Decisão: Critérios De Suficiência Para Orientação Dos Juízos De Fato No Direito Processual Brasileiro*. Universidade de São Paulo, 2011.

SILVEIRA, R. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p.113-114.

SIRAGUSA, M. *Judicial review of competition decisions under EC law* (2004); cf., também,

STIGLER, G. *The Organization of Industry* (1968).



STRECK, L. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SULLIVAN, L. e GRIMES, W. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2 ed. West Academic Publishing, 2006:

SUNDFELD, C. A. *A função administrativa no controle dos atos de concentração in Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12724>.

TARUFFO, M. *O Juiz e a Construção da Verdade*.

TARUFO, M. *A Prova*.

VAN ROMPUY, B. e PAUWELS, C. *Is the standard of proof imposed by the Community Courts undermining the efficiency of EC merger control? The Sony BMG joint venture case in perspective*, disponível em <http://aei.pitt.edu/8013/>.

VESTERDORF, B. *Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts* in *European Competition Journal* (Mar. 2005).

WEDY, G. *O Princípio Constitucional da Precaução Como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente e da Saúde Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

WERDEN, G. et al. *A Daubert Discipline for Merger Simulation*, disponível em <http://www2.owen.vanderbilt.edu/lukefroeb/froeb.papers/antitrust/2004.antitrust.Daubert.pdf>.

WILLIAMSON, O. E: *Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Trade-offs* in *American Economic Review*, n. 58 (1968).

WITT, A. *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*. Hart Publishing, 2016.

WRIGHT, J. *Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: the Case for Evidence-Based Antitrust* in *Antitrust Law Journal*, v. 78.

\* Todos os acessos a publicações eletrônicas ocorreram em maio/2017.