ALBERTO LÚCIO BARBOSA JUNIOR

Antitruste e Política de Emprego

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. José Marcelo Martins Proença

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

ALBERTO LÚCIO BARBOSA JUNIOR

Antitruste e Política de Emprego

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor José Marcelo Martins Proença.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Barbosa Junior, Alberto Lúcio
Antitruste e Política de Emprego / Alberto Lúcio
Barbosa Junior ; orientador José Marcelo Martins
Proença -- São Paulo, 2016.
155 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Comercial) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2016.

1. Controle de concentrações. 2. Política de
emprego. 3. Remédios antitruste. 4. Monopsônio. 5.
Argumentação. I. Martins Proença, José Marcelo,
orient. II. Título.

Alberto Lúcio Barbosa Junior

Antitruste e Política de Emprego

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor José Marcelo Martins Proença.

Data da Aprovação: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença

Instituição: Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, começo agradecendo aqui ao meu orientador, José Marcelo Martins Proença, pela oportunidade de desenvolver esta pesquisa e pela confiança depositada em mim. Sua compreensão e, mais ainda, sua paciência permitiram que minha dissertação seguisse caminhos diversos e improváveis antes de encontrar seu destino final. Um percurso que, a bem da verdade, foi essencial à minha formação como acadêmico. Ainda sobre minha formação acadêmica, devo agradecer também ao Bruno Salama, à Mariana Pargendler e à Érica Gorga por todo o aprendizado no período em que, sob sua supervisão, fui pesquisador no Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV DIRETO SP.

Agradeço à Yale University e ao programa Fox International Fellowship pelo ano em que estive nos EUA como *visiting researcher* junto ao Macmillan Center. Especialmente, agradeço ao Sr. Joseph Fox e à Sra. Alison Fox, idealizadores do programa, por sua generosidade e por sua visão sobre a importância da pesquisa acadêmica para a compreensão do mundo e das pessoas. Agradeço também à Elizabeth Farina pelo apoio à minha candidatura ao Fox Fellowship, ainda em 2012, quando era apenas um aluno especial de pós-graduação em seu curso Organização Industrial.

Durante minha estadia em New Haven, recebi relevantes críticas à minha pesquisa, particularmente de Ben Cashore e Kai Striebinger. Sou muito grato a ambos. Do mesmo modo, agradeço os comentários de Iagê Miola durante o painel de que participei no encontro anual da Law and Society Association em 2015. Agradeço também os comentários de Juliana Palma a uma versão inicial deste trabalho, bem como as instigantes discussões ao longo da nossa curta vida de *Yalie*.

Agradeço ainda à minha família, em especial à minha mãe e ao meu irmão, por entenderem o que esta dissertação representa e o porquê de tanto tempo e energia dedicados a ela. Principalmente, agradeço à Fabiana Pinho por tudo: pelas inúmeras leituras, pelas sugestões, pelas longas conversas e por sua incessante tentativa de sempre me mostrar o melhor de mim e dos meus textos. Sem ela, minha vida seria menos feliz e minha pesquisa, bem menos argumentativa. Agradeço, por fim, aos meus amigos, pré e pós São Francisco, aqueles de perto e aqueles de longe, por não se esquecerem de mim mesmo na minha ausência.

RESUMO

BARBOSA JUNIOR, Alberto Lúcio. **Antitruste e Política de Emprego**. 2016. 155f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Tratamos neste trabalho de um tema quase esquecido no direito brasileiro: a inconsistente interação entre antitruste e política de emprego na ação administrativa do CADE. Nesse contexto, o problema que se enfrenta é a falta de transparência do Conselho quanto às razões jurídicas para o abandono de antigas preocupações com nível de emprego no controle de concentrações. A questão que propomos responder é a seguinte: como o CADE deveria justificar seu definitivo distanciamento da regulação do mercado de trabalho? Em resposta, defendemos a tese normativa de que a utilização da análise econômica para justificar o rompimento da interação entre antitruste e política de emprego produziria uma forma de argumentação inaceitável do ponto de vista lógico. Diante da questão posta acima, este trabalho busca oferecer um juízo de valor acerca da plausibilidade de argumentos baseados em teoria econômica eventualmente adotados pelo CADE como justificativa para o abandono de suas preocupações com nível de emprego. Para tanto, tomamos o direito concorrencial como uma forma de discurso produzido por raciocínios práticos, dentro do qual a análise econômica do direito torna-se uma técnica de argumentação consequencialista.

Palavras-chave: controle de concentrações; política de emprego; remédios antitruste; monopsonio; regulação do mercado de trabalho; argumentação

ABSTRACT

BARBOSA JUNIOR, Alberto Lúcio. **Antitrust and Employment Policy**. 2016. 155f. Thesis (Master) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This master's thesis deals with an almost forgotten topic in Brazilian competition law: the inconsistency in CADE decision-making as to the interactions between antitrust and employment policy. In this context, we face the problem of lack of transparency regarding the legal reasons for the Council to abandon its concerns with employment level in merger control. The research question to be answered is the following one: how should CADE justify its decision to definitively withdraw from the regulation of labor markets? In response, our claim is that the use of economic analysis to justify the broken interaction between antitrust and employment policy could lead to a form of argumentation logically unacceptable. In view of the question above, this thesis offers a plausibility evaluation of arguments derived from economic theory that CADE may further in support of its decision to give up concerns with employment level. To do so, we take competition law as a discourse produced by practical reasoning, in which the economic analysis of law becomes a technique for consequentialist argumentation.

Keywords: merger control; employment policy; antitrust remedies; monopsony; labor market regulation; argumentation

TABELAS E FIGURAS

Tabela 1 - Controle de concentrações e medidas emprego.....	38
Figura 1 - Cadeia argumentativa da justificativa da ineficiência.....	104

LISTA DE SIGLAS

AC	Ato de Concentração
ACB	Análise de Custo Benefício
ACC	Acordo em Controle de Concentração
ACP	Ação Civil Pública
AED	Análise Econômica do Direito
AI	Agravo de Instrumento
APRO	Acordo de Preservação de Reversibilidade
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
EUA	Estados Unidos da América
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
MPT	Ministério Público do Trabalho
MS	Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
SDE	Secretaria de Defesa Econômica
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
UE	União Europeia

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	11
1.1 Problema jurídico, pergunta de pesquisa e tese normativa.....	13
1.2 Premissas e método argumentativo.....	17
 II. CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES E REGULAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO.....	 25
2.1 Antitruste e política de emprego no Brasil.....	25
2.2 Esquecidas inconsistências no controle de concentrações.....	28
2.3 Problemas de legitimidade e implementação do antitruste.....	40
 III. JUSTIFICATIVAS DE POLÍTICA PÚBLICA NA AÇÃO ANTITRUSTE.....	 46
3.1 Argumentação na justificativa de decisões antitruste.....	46
3.2 Controle de concentrações e remédios antitruste no Brasil.....	50
3.3 A racionalidade antitruste das medidas de emprego.....	54
3.4 Teste de proporcionalidade das medidas de emprego.....	59
3.5 Justificativa da ineficiência e AED.....	64
 IV. DIREITO, ECONOMIA E ARGUMENTAÇÃO.....	 70
4.1 Modelo normativo de argumentação.....	70
4.2 Uma abordagem pragma-dialética à argumentação AED.....	75
4.3 Argumentos de autoridade no direito.....	82
4.3.1 Prova Econômica e AED no raciocínio jurídico.....	86
4.3.2 <i>Experts</i> também argumentam pela autoridade?.....	94
4.4 Justificativa da ineficiência e argumentos de autoridade.....	97
 V. PODER DE MONOPSÔNIO E CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TRABALHO.....	 105
5.1 Concorrência imperfeita nos mercados de trabalho.....	106
5.1.1 O monopsônio dinâmico de Manning.....	109
5.1.2 Teste empírico dos modelos de monopsônio.....	114

5.2 O problema da seleção do modelo.....	118
5.2.1 Easterbrook e o custo do erro antitruste.....	121
5.2.2 Indeterminação econômica e concorrência dinâmica.....	122
5.2.3 Críticas à doutrina do custo do erro antitruste.....	125
 VI. CONCLUSÃO.....	 133
 REFERÊNCIAS.....	 136

I. INTRODUÇÃO

Os mais otimistas diriam que a política concorrencial¹ no Brasil é um exemplo de revolução antitruste² bem sucedida na América Latina.³ Ao menos, é o que se poderia afirmar diante do contínuo desenvolvimento do sistema brasileiro de defesa da concorrência. No início dos anos 90, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE” ou “Conselho”) adquire maior autonomia na forma de uma autarquia federal, tornando-se a autoridade concorrencial responsável tanto pelo sancionamento de condutas anticompetitivas, quanto pelo controle de concentrações empresariais,⁴ então uma inovação regulatória no Brasil.⁵ Nas décadas seguintes, o antitruste brasileiro desenvolve-se ainda com um programa de leniência na persecução de cartéis,⁶ com a ampliação dos poderes investigatórios para apuração de infrações concorrenciais,⁷ e, mais recentemente, com a

¹ Política concorrencial (ou antitruste) pode ser definida como uma forma de ação do Estado sobre os mercados que busca promover a maior concorrência possível a partir da fiscalização e controle, conforme regime jurídico próprio, de práticas que possam criar ou fortalecer poder de mercado. Por sua vez, poder de mercado (ou poder econômico), para os fins do direito concorrencial, pode ser definido como a capacidade de elevar preços lucrativamente ao restringir a oferta de bens e serviços em um setor da economia. *Ver* AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert; SOLOW, John L., **Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application**, v. IIIB, 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 2007, p. 109. *Mas veja* MOTTA, Massimo, **Competition Policy: Theory and Practice**, Cambridge: CUP, 2004, p. 30 (definindo política concorrencial de modo mais restrito, como “*the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduce economic welfare*”).

² Falamos em “revolução antitruste” – em óbvia referência à obra de Kwoka e White – para ilustrar a introdução da teoria econômica como ferramenta analítica na aplicação e reforma do direito concorrencial. *Cf.* **The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy**, 6. ed. New York: OUP, 2013; e MATTOS, César Costa A. de (Org.), **A Revolução do Antitruste no Brasil 2: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**, 2. ed. São Paulo: Editora Singular, 2008.

³ *Ver* TODOROV, Francisco Ribeiro; FILHO, Marcelo Maciel Torres, History of Competition Policy in Brazil: 1930-2010, **Antitrust Bulletin**, v. 57, p. 207–257, 2012, p. 254. O sucesso da política concorrencial brasileira já foi reconhecido internacionalmente. Vale mencionar aqui, por exemplo, os dois prêmios oferecidos ao CADE pela *Global Competition Review* na categoria melhor autoridade antitruste das Américas nos anos de 2010 e 2014. *Ver* CADE, **Cade Recebe Título de Agência Antitruste das Américas em 2014**, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1629f90fe63cd052a491a2b181c9>>, acesso em: 23 abr. 2015.

⁴ Neste trabalho, “ato de concentração”, “concentração econômica” ou “concentração empresarial” serão considerados termos equivalentes, compreendendo tanto operações de fusão, aquisição e incorporação quanto acordos entre concorrentes.

⁵ *Ver* Lei No. 8.884, de 11 de junho de 1994, **Diário Oficial da União**, 13 jun. 1994 (“Lei 8.884/94”) (revogada). Na verdade, a primeira autoridade concorrencial brasileira foi criada no início dos anos 60, como órgão da administração federal competente para julgar casos antitruste relativos à colusão entre empresas e abusos de poder de econômico. Essa primeira legislação antitruste, todavia, não estabelecia formalmente um regime de notificação obrigatória de atos de concentração. *Ver* Lei No. 4.137, de 10 de setembro de 1962, **Diário Oficial da União**, 12 nov. 1962 (revogada). *Ver também* FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 162 (afirmando que a política industrial do governo militar prejudicou a aplicação da primeira legislação concorrencial do Brasil).

⁶ *Ver* Lei No. 10.149, de 21 de dezembro de 2000, **Diário Oficial da União**, 22 dez. 2000.

⁷ *Id.*

criação de um regime de notificação antecipada de atos de concentração, introduzido pela reforma legislativa de 2011.⁸

Essa nova legislação concorrencial, antes de tudo, garantiu um fortalecimento das capacidades institucionais do CADE, permitindo a expansão de sua equipe técnica e a reconfiguração do sistema de defesa da concorrência para concentrar atividades judicantes e investigativas em uma única entidade,⁹ o que aproxima o Conselho do modelo administrativo adotado nas agências independentes.¹⁰ Contudo, os reconhecidos avanços no direito concorrencial brasileiro escondem certa inconsistência¹¹ na atuação do CADE sobre um tema incomum: a interação entre antitruste e política de emprego¹² em processos de controle de concentrações.

⁸ Ver Lei No. 12.529, de 30 de novembro de 2011, **Diário Oficial da União**, 1º jan. 2011 (“Lei 12.529/2011”).

⁹ Durante a vigência da Lei 8.884/94, as investigações antitruste no Brasil eram conduzidas pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça. O sistema de defesa da concorrência era composto então pelo CADE, pela SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. Com a Lei 12.529/2011, a SDE foi extinta e a SEAE teve sua competência limitada para concentrar-se principalmente na advocacia da concorrência.

¹⁰ Cf. SALGADO, Lucia Helena, **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional (Texto para Discussão n. 941)**, Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 37 (reconhecendo que se as competências da extinta SDE fossem incorporadas ao CADE, a autarquia se enquadraria, de fato, no modelo das agências regulatórias independentes).

¹¹ Para uma recente revisão de estudos quantitativos sobre a consistência de decisões antitruste, ver GRIMBEEK, Sunel; KOCH, Steve; GRIMBEEK, Richard, The Consistency of Merger Decisions at the South African Competition Commission, **South African Journal of Economics**, v. 81, n. 4, p. 561–580, 2013, p. 563. Embora tratemos aqui desse mesmo problema, nossa visão sobre a inconsistência decisória está voltada à explicitação e à racionalidade das justificativas argumentativas oferecidas pela autoridade concorrencial. Essa abordagem qualitativa parece-nos mais adequada se comparada a análises estatísticas que testam a consistência decisória CADE a partir de uma comparação entre texto legislativo, e respectivos guias administrativos, com o conteúdo de decisões antitruste. Cf., e.g., CARDOSO, Diego S., **Política Antitruste e sua Consistência: Uma Análise das Decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Relativa aos Atos de Concentração**, Dissertação (Mestrado em Economia) - Centro de Ciências e Tecnologias para Sustentabilidade, Universidade Federal de São Carlos, Sorocaba, 2013, p. 29 (“Por consistência entende-se neste trabalho que as regras de decisão do SBDC serão consistentes se for constatado que não contradizem as regras definidas na legislação”).

¹² Referimo-nos a política de emprego como toda forma de ação estatal pela qual se procura corrigir falhas no funcionamento dos mercados de trabalho de modo a elevar ou, ao menos, manter o nível geral de emprego. Nesse sentido, parte da regulação trabalhista no Brasil pode ser considerada produto dessa política pública, que se conforma em arranjos jurídico-institucionais como, e.g., seguro-desemprego, aviso-prévio, FGTS, além de serviços públicos para intermediação de mão de obra e qualificação profissional. Para uma visão geral das políticas de emprego no Brasil, em suas dimensões passiva e ativa, cf. AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto, **Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios, Planejamento e Políticas Públicas**, n. 12, 1995.

1.1 Problema jurídico, pergunta de pesquisa e tese normativa

Como veremos nos capítulos seguintes, o particular desenho de remédios antitruste¹³ aplicados nos primeiros anos da Lei 8.884/94 criava uma sobreposição, dentro do regime de controle de concentrações, entre regulação dos mercados de consumo e regulação dos mercados de trabalho.¹⁴ Nesses casos, questões sobre desemprego em setores econômicos concentrados tornavam-se, em alguma medida, pertinentes na definição das condições para aprovação de operações anticompetitivas. Embora essas preocupações com nível de emprego tenham sido reconhecidas pelo CADE, as medidas jurídicas adotadas na década de 90 para controlar o impacto de atos de concentração sobre os mercados de trabalho parecem, contudo, tacitamente excluídas do repertório de remédios desde 2001.¹⁵

Ainda que aproximações entre antitruste e política de emprego sejam consideradas típicas de economias emergentes, sem maior tradição em defesa da concorrência,¹⁶ afirmar a irrelevância dessa esquecida interação de políticas públicas não é o diagnóstico mais preciso sobre o direito concorrencial no Brasil.¹⁷ Dizemos isso porque escolhas tácitas na

¹³ Remédios antitruste podem ser entendidos como medidas jurídicas (estruturais e/ou comportamentais) aplicadas pela autoridade concorrencial (consensualmente ou impositivamente) sobre as empresas envolvidas em uma concentração econômica, de modo a neutralizar potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes dessa operação. Ver MOTTA, Massimo; POLO, Michele; VASCONCELOS, Helder, Merger Remedies in the European Union: An Overview, *Antitrust Bulletin*, v. 52, p. 603, 2007, p. 606.

¹⁴ O termo “regulação” é tomado em um sentido amplo, incluindo nesse conceito tanto o antitruste quanto a regulação setorial de serviços públicos. Nesse mesmo sentido, cf. MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo, Nova Regulação dos Serviços Públicos, *Revista de Direito Administrativo*, v. 228, p. 13–30, 2002, p. 13–14. Com isso, destacamos o entendimento de que o antitruste e a regulação setorial são técnicas administrativas pelas quais o Estado implementa políticas públicas que buscam intervir e, em alguma medida, influenciar o funcionamento dos mercados. O modelo de Estado Regulador, conforme adotado atualmente no Brasil, reflete apenas a prevalência de formas de governança descentralizada e a preferência por mecanismos regulatórios baseados mais em incentivos do que no comando e controle da atividade econômica. Cf. MATTOS, Paulo Todescan L., A Formação do Estado Regulador, *Novos Estudos*, n. 76, p. 139–156, 2006, p. 151. Falamos aqui, portanto, em regulação antitruste (ou regulação concorrencial) para identificar o produto jurídico-institucional de uma política de defesa da concorrência voltada igualmente aos mercados de consumo, à prestação de serviços públicos e, como veremos no Capítulo II, até mesmo aos mercados de trabalho. De fato, a distinção conceitual entre antitruste e regulação torna-se relevante no direito concorrencial como resposta a problemas dogmáticos específicos. Dentre eles, destacam-se questões sobre o controle da discricionariedade na atuação da autoridade concorrencial ou a resolução de conflitos de competência entre essa entidade e agências setoriais. Essa distinção conceitual, contudo, não se mostra necessária para os fins deste trabalho.

¹⁵ Ver Capítulo II.

¹⁶ Ver KOVACIC, William E., Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies, *University of Cincinnati Law Review*, v. 66, p. 1075, 1997, p. 1104. Interações entre antitruste e política de emprego têm ocorrido ainda hoje no direito concorrencial de países africanos, como África do Sul e a Namíbia. Cf. SMITH, Patrick; SWAN, Andrew, Public Interest Factors in African Competition Policy, *The African and Middle Eastern Antitrust Review*, v. 2014, p. 1–6, 2014.

¹⁷ De fato, profissionais do direito, inclusive aqueles atuantes em jurisdições estrangeiras, já se mostraram preocupados com as medidas de emprego aplicadas pelo CADE em processos de controle de concentrações. Cf. ABA, *Model Asset Purchase Agreement: With Commentary*, Chicago: ABA Professional Education, 2001, p. 25.

implementação do antitruste – e.g., alterações não motivadas no repertório de remédios – expressam uma falha nos mecanismos de *accountability*,¹⁸ o que poderia afetar, mesmo hoje, a legitimidade da política regulatória. Mais ainda, essas falhas prejudicariam o antitruste brasileiro na medida em que criam um ambiente de potencial conflito entre o CADE e as autoridades responsáveis pela aplicação do direito do trabalho. Nesse contexto, *o problema que enfrentamos no presente trabalho é a falta de transparência quanto às razões jurídicas para o abandono, há mais de uma década, das preocupações com nível de emprego no controle de concentrações brasileiro.*

Diante de falhas de *accountability* e possíveis conflitos institucionais na implementação do antitruste, adotamos neste trabalho um posicionamento normativo sobre a seguinte questão: *como o CADE deveria justificar seu atual e definitivo distanciamento da regulação do mercado de trabalho?* Nossa análise concentra-se naquilo que chamamos de *justificativas de política pública*, i.e., argumentos construídos para fundamentar decisões de agências reguladoras e outros entes administrativos responsáveis por implementar programas governamentais ou legislações específicas. Abordando o direito concorrencial na perspectiva da argumentação jurídica, a ação administrativa do Conselho, i.e., suas decisões regulatórias, é entendida como uma forma de discurso¹⁹ produzida mediante raciocínios práticos²⁰ informados pelo conhecimento preditivo oferecido pela Economia.²¹

¹⁸ *Accountability* expressa a ideia de responsabilização com prestação de contas quanto ao exercício de poderes institucionais em uma organização estatal descentralizada, na qual se incluem agências reguladoras e outros entes administrativos envolvidas na implementação de políticas públicas. Ver MATTOS, Paulo Todescan L., *Regulação Econômica e Social, Accountability e Democracia: Contexto e Perspectivas do Debate*, **Revista DIREITO GV**, v. Especial, n. 1, p. 5–20, 2005, p. 13, nt. 2.

¹⁹ Tomar a regulação concorrencial como discurso significa que os atos administrativos do CADE em processos de controle de concentrações, por exemplo, não podem ser considerados apenas normas individuais (i.e. comandos) direcionados às empresas-parte na operação. Além do seu conteúdo imperativo, aqueles atos possuem também aspectos comunicativos, caracterizados por uma força argumentativa e efeitos de persuasão sobre seus destinatários, conforme certas convenções compartilhadas pelo CADE, as empresas-parte e toda a comunidade antitruste. Por isso, decisões jurídicas devem ser entendidas neste trabalho como uma forma de comunicação utilizada por um grupo específico de falantes interessados no direito concorrencial brasileiro. Cf. TUORI, Kaarlo, Two Challenges to Normative Legal Scholarship, **Scandinavian Studies in Law**, v. 53, p. 177-202, 2008, p. 182 (“*Legal discourse consists of speech acts which take a position on legal norms and their interpretation and application, and which, thus, contribute to the ongoing discussion on the contents of the legal order in force*”).

²⁰ Cf. MILLGRAM, Elijah (Org.), **Varieties of Practical Reasoning**, Cambridge: MIT Press, 2001, p. 1 (“*Practical reasoning is reasoning directed towards action: figuring out what to do, as contrasted with figuring out how the facts stand*”).

²¹ Cf. COTTER, Thomas F., Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement, **Georgetown Law Journal**, v. 84, p. 2071, 1995, p. 2137 (“*[E]conomics can assist the policymaker by supplying her with accurate predictions [...] the need to predict consequences is fundamental to most of the various formulations of practical reason*”). De modo similar, aproximando os raciocínios econômico e jurídico dentro de um processo deliberativo baseado na “razão calculadora” ou “razão instrumental”, ver LOPES,

Partindo daí, o presente trabalho assume, todavia, um escopo mais limitado. Não se pretende dizer aqui se as sobreposições entre regulação dos mercados de consumo e dos mercados de trabalho deveriam, ou não, ser mantidas no antitruste brasileiro. Tampouco se propõe a afirmar absolutamente se, e de que maneira, o CADE deveria justificar o abandono de suas preocupações, como explicitadas nos anos 90, quanto ao nível de emprego em setores econômicos. Ao invés disso, sustentamos apenas que, pretendendo-se defender hoje tal decisão, certas justificativas econômicas, se eventualmente adotadas pelo Conselho, podem se tornar argumentos falaciosos.²² De maneira mais direta, *defendemos a seguinte tese normativa: utilizar-se de análises econômicas para justificar o rompimento da interação entre antitruste e política de emprego produziria uma forma de argumentação inaceitável do ponto de vista lógico.*²³ Oferecemos aqui, portanto, um juízo de valor acerca da plausibilidade de argumentos baseados em teoria econômica que, por hipótese, sejam empregados pelo CADE como justificativa de política pública.²⁴

Nesse sentido, este trabalho contribui para a literatura, primeiramente, ao identificar falhas nos argumentos que explicitariam uma escolha de implementação implícita na atual política concorrencial brasileira, viz., o abandono das preocupações com nível de emprego em setores concentrados. Com isso, a argumentação jurídica do

José Reinaldo de L., Direito e Economia: Uma Complexa Relação, *in*: LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (Org.), **Agenda Contemporânea: Direito e Economia 30 Anos de Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 254.

²² Neste trabalho, um argumento falacioso é entendido como qualquer movimento executado incorretamente em uma discussão argumentativa. Esse movimento é considerado incorreto na medida em que dificulta a resolução de uma diferença de opiniões, sendo assim inaceitável dentro de um debate racional. *Ver* EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob, Fallacies in Pragma-dialectical Perspective, **Argumentation**, v. 1, n. 3, p. 283–301, 1987, p. 284. Os critérios de correção de movimentos argumentativos, e sua relação com o conceito de falácia, serão aprofundados no Capítulo IV.

²³ O ponto de vista lógico a que nos referimos pertence a um campo particular de investigação filosófica: a lógica informal. Esse campo distingue-se da tradicional lógica formal ao tomar a argumentação em um contexto sócio-comunicativo. Qualifica-se tal abordagem como “não formal” pelo fato de não se utilizar somente das categorias da lógica dedutiva (e.g. *modus ponens*, *modus tollens*, validade) para analisar a relação entre as proposições que compõem um argumento. *Ver* BLAIR, J. Anthony; JOHNSON, Ralph H., Informal Logic: An Overview, **Informal logic**, v. 20, n. 2, 2000, p. 94. Os critérios de avaliação empregados pela lógica informal, portanto, não se baseiam apenas nas regras para uma inferência dedutiva válida, mas principalmente na comparação entre diferentes argumentos que melhor garantiriam a aceitação do resultado de um processo argumentativo. Por isso, toda teoria geral da argumentação baseia-se, em alguma medida, na lógica informal. *Ver* JOHNSON, Ralph H., **The Rise of Informal Logic: Essays on Argumentation, Critical Thinking, Reasoning and Politics**, Newport News: Vale Press, 1996, p. 51.

²⁴ Perceba-se, contudo, que esse juízo quanto à plausibilidade de um argumento hipotético jamais poderia ser categórico, já que a identificação de falácias informais – aquelas não identificadas pelos critérios formais da lógica dedutiva – exige uma análise contextual da argumentação. *Ver* VAN EEMEREN, Frans H., Fallacies as Derailments of Argumentative Discourse: Acceptance Based on Understanding and Critical Assessment, **Journal of Pragmatics**, v. 59, p. 141–152, 2013, p. 150. Portanto, não se pretende afirmar neste trabalho que certas justificativas de política pública para o abandono de preocupações com nível de emprego são necessariamente falaciosas. Afirmamos apenas que essas justificativas poderiam, eventualmente, tornar-se falaciosas se certas circunstâncias, relativas ao hecimenento econômico, forem ignoradas pelo CADE. Essas circunstâncias serão apresentadas no Capítulo IV.

Conselho, relevante como justificativa para suas decisões, poderia ser aprimorada, o que compensaria sua pouca transparência quanto às antigas interações de política pública no controle de concentrações. Nossa segunda, e principal, contribuição ocorre, contudo, em um plano teórico mais amplo. Referimo-nos aqui a uma reconhecida agenda que aborda criticamente a incerteza no processo decisório das agências quando se utilizam de análises econômicas de custo-benefício (“ACB”)²⁵ para implementar sua política regulatória.²⁶

Dentro dessa agenda de pesquisa, voltamo-nos à regulação antitruste²⁷ buscando contribuir para o crescente debate acerca dos impactos da indeterminação econômica²⁸

²⁵ Sobre ACB no Brasil, cf. SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho, **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória (Texto para Discussão n. 1463)**, Brasília: IPEA, 2010; e MARTINEZ, Ana Paula, **Análise de Custo-benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Impostos ao seu Formulador**, **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 29–59, 2009.

²⁶ Por todos, como representante dessa agenda de pesquisa, ver KYSAR, Douglas A., **Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity**, New Haven: Yale University Press, 2010. Sobre a crítica ao cálculo de custo-benefício como método para análise de políticas públicas, a referência clássica é TRIBE, Laurence H., *Policy Science: Analysis or Ideology?*, **Philosophy & Public Affairs**, p. 66–110, 1972.

²⁷ De fato, a ACB, enquanto método decisório para implementação da política regulatória, mostra-se menos perceptível em matéria antitruste. Isso não significa que autoridades concorrenciais não se utilizem de um método equivalente para decidir, em seus procedimentos internos, sobre, e.g., quais casos serão selecionados para persecução administrativa, buscando promover assim uma tutela antitruste mais eficiente. Cf. BAKER, Jonathan B., “Continuous” Regulatory Reform at the Federal Trade Commission, **Administrative Law Review**, v. 49, n. 4, p. 859–874, 1997, p. 896 (descrevendo o emprego de um método informal de ACB pelo Federal Trade Commission [FTC] dos EUA). Mais ainda, essa forma de ACB poderia ser adotada como critério de legalidade para remédios antitruste. Nesse sentido, sugerindo que o FTC norte-americano utilize-se desse método para decidir sobre a aplicação de remédios em geral, ver CLARKSON, Kenneth W.; MURIS, Timothy J. (Org.), **The Federal Trade Commission since 1970: Economic Regulation and Bureaucratic Behavior**, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, p. 311 (“*For actions in which the Commission's remedy would cause a major change in industry practices, such as rule making, deconcentration, mandatory warranties, or information disclosure, we would further require cost/benefit analysis, reviewable in the Courts*”). Como veremos a seguir, no Capítulo III, a ACB informal tornou-se relevante, em alguma medida, na definição de remédios também no direito concorrencial brasileiro.

²⁸ Para contribuições originais ao debate sobre indeterminação econômica no direito concorrencial, cf., e.g., DEVLIN, Alan J.; JACOBS, Michael S., *Antitrust Divergence and the Limits of Economics*, **Northwestern University Law Review**, v. 104, p. 253–291, 2010, p. 256 (“*[P]rice theory and econometric analysis cannot always generate such [unequivocal] conclusions, which leaves pressing questions of competition policy that economic theory is incapable of answering in useful and coherent terms*”) (notas omitidas); e FOX, Eleanor M., *Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The US/EU Divide*, **Utah Law Review**, v. 2006, n. 3, p. 725–740, 2006, p. 728 (“*‘Sound economics’ does not ineluctably produce a unitary rule. There are different and equally credible ways to design rules of antitrust with a view to serving consumers and producing competitive firms and robust markets*”) (notas omitidas). Particularmente quanto à indeterminação econômica sobre as relações entre antitruste e inovação, cf., e.g., GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D., *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, p. 12–48, 2012, p. 5 (“*The simple fact is that economics does not yet provide a useful understanding of the relationships among market structure, competition, and innovation*”) (notas omitidas); e WRIGHT, Joshua D., *Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?*, in: MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. (Org.), **Competition Policy and Patent Law under Uncertainty**, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 239 (“*Many scholars have recognized that our empirical knowledge of the relationship between market structure and innovation, as well between market structure and consumer welfare, is limited relative to our understanding of static price effects in conventional product markets*”) (notas omitidas). A indeterminação econômica, abordada na perspectiva do direito concorrencial, remete ainda às análises sobre *custo do erro*

sobre o discurso do direito concorrencial. Fala-se aqui em indeterminação como indicativo das limitações epistemológicas da Economia,²⁹ i.e., a insuficiência do conhecimento científico atual sobre os mercados e o comportamento dos agentes econômicos.³⁰ Dito isso, podemos entender por que este trabalho preocupa-se com a análise de uma esquecida interação entre antitruste e política de emprego no Brasil.

A particularidade desse tema permite-nos explorar como uma disputa teórica sobre o funcionamento dos mercados de trabalho afetaria a argumentação jurídica que, ao considerar as possíveis consequências econômicas de remédios antitruste, justificaria o abandono, pelo CADE, de suas preocupações com nível de emprego. Desse modo, partindo de um problema incomum, porém fortemente ilustrativo, demonstramos que a incerteza quanto à validade empírica de modelos econômicos³¹ pode afetar a plausibilidade de argumentos consequentialistas.³²

1.2 Premissas e método argumentativo

Porque a tese normativa deste trabalho relaciona teoria econômica e argumentação jurídica, apontando situações em que, estranhamente, o uso da Economia no direito concorrencial mostra-se menos recomendável, algumas observações metodológicas parecem necessárias desde logo. Para que sejamos explícitos quanto ao que se propõe, apresentaremos a seguir, sucintamente, nossas premissas ontológicas e epistemológicas sobre o direito, bem como o método de pesquisa adotado neste trabalho.

antitruste, desenvolvidas originalmente por EASTERBROOK, Frank H., Limits of Antitrust, **Texas Law Review**, v. 63, p. 1–40, 1984. A doutrina do custo do erro antitruste, e suas origens teóricas (i.e. teoria econômica da decisão), serão retomadas no Capítulo V, no qual desenvolvemos algumas implicações da indeterminação econômica sobre a argumentação jurídica.

²⁹ Ver DEVLIN; JACOBS, Antitrust Divergence and the Limits of Economics, p. 256.

³⁰ O debate acerca do status científico da Economia foge ao escopo deste trabalho. Para nossos fins, adotamos a visão, correta ou não, difundida por economistas de formação neoclássica de que a Economia é uma ciência positiva, i.e., baseada na verificação empírica de fatos observáveis. Ver FRIEDMAN, Milton, **Essays in Positive Economics**, Chicago: University of Chicago Press, 1953, p. 39.

³¹ Neste trabalho, referimo-nos indistintamente a modelo ou teoria, tomando ambos como formulações abstratas voltadas à explicação causal de fatos sociais observáveis e à predição do comportamento de agentes econômicos dentro e fora dos mercados.

³² Cf. CSERNE, Péter, Consequence-based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics, in: MATHIS, Klaus (Org.), **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**, Dordrecht: Springer, 2012, p. 33 (“If economic arguments can be recast as prudential [consequence-based] arguments then the relevance of economic analysis for legal reasoning will depend on the acceptability of those kinds of arguments”).

Primeiramente, considerado como objeto de estudo, o direito é entendido aqui como uma prática social argumentativa,³³ na qual, ao lado de profissionais habilitados (e.g. juízes e advogados), participam também os juristas,³⁴ contribuindo para o desenvolvimento e compreensão do fenômeno jurídico.³⁵ Em segundo lugar, entendemos o direito, enquanto área de conhecimento, como uma disciplina de natureza prático-normativa.³⁶ Isso significa que a pesquisa jurídica produz um tipo especial de discurso prático,³⁷ pelo qual se oferecem orientações para uma ação segundo normas institucionalizadas,³⁸ i.e., recomendações sobre como decidir deliberativamente acerca dos meios jurídicos necessários à concretização de fins pretendidos.³⁹ Assim, ao conduzir uma pesquisa jurídica normativa, os juristas formulam prescrições que buscam influenciar, em alguma medida, a criação, interpretação

³³ Ver, em geral, BERTEA, Stefano, Legal Argumentation Theory and the Concept of Law, in: EEMEREN, Frans H. Van et al (Org.), **Anyone Who Has a View**, Amsterdam: Springer, 2003, p. 225 (“[T]he thesis that argumentation is central in the legal domain entails the need to construct the law as the outcome of deliberative reasoning, as an argumentative practice which differs remarkably from mere following the rules posited by the authority. This is to say that law is a dynamic interplay of reasons, a set of reconstructive activities by which theorists and practitioners jointly determine contents and applicative scope of norms”). Ver também BURTON, Steven J., Law as Practical Reason, **Southern California Law Review**, v. 62, p. 747–793, 1988, p. 748. Como exemplo de teorias específicas sobre o conceito argumentativo de direito, cf. DWORKIN, Ronald, **Law’s Empire**, Cambridge: Harvard University Press, 1986; e ALEXY, Robert, **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, Oxford: Oxford University Press, 2010.

³⁴ A despeito do uso reverencial do termo “jurista” na academia brasileira, utilizamo-nos dele como referência geral ao pesquisador acadêmico que, ocupando qualquer posição institucional, dedica-se à produção de conhecimento prático ou teórico sobre o direito.

³⁵ O jurista participa da prática jurídica não apenas para oferecer recomendações sobre como decidir conforme o direito. Ao integrar a comunidade interpretativa na qual essa prática ocorre, ele adquire também uma forma única de conhecimento sobre seu objeto de estudo, a qual não é acessível a observadores necessariamente externos, como economistas e outros cientistas sociais. Ver RUBIN, Edward L., Law and the Methodology of Law, **Wisconsin Law Review**, p. 521–565, 1997, p. 546. De fato, o debate entre juristas sobre as decisões de autoridades que criam, interpretam e aplicam o direito permite-lhes compreender o fenômeno jurídico também em sua perspectiva normativa, enquanto fato institucional reconhecido pelos participantes daquela comunidade. Cf. LOPES, José Reinaldo de L., **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno**, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 29 (“O discurso jurídico, que incorpora a definição do direito, é constitutivo da realidade. Casamento, contrato ou república não são objetos materiais: são sentidos intersubjetivamente aceitos (neste aspecto, *objetivos*) de ações *reais*”).

³⁶ Ver LOPES, **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno**, p. 40 (explicando o esquecido “caráter propriamente prático-normativo do direito e da ciência do direito”). Naturalmente, o jurista envolve-se, em alguma medida, também em atividades descritivas e interpretativas, mas essas sempre estão, direta ou indiretamente, subordinadas às finalidades normativas da pesquisa jurídica. Ver RUBIN, Edward L., The Practice and Discourse of Legal Scholarship, **Michigan Law Review**, v. 86, n. 8, p. 1835, 1988, p. 1848; e FERRAZ JR., Tércio S., **A Ciência do Direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 15.

³⁷ Ver ALEXY, Robert, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 213; e MACCORMICK, Neil, Legal Reasoning and Practical Reason, **Midwest Studies in Philosophy**, v. 7, n. 1, p. 271–286, 1982, p. 277.

³⁸ Ver LOPES, José Reinaldo de L., Regla y Compás, o Metodología para uma Trabajo Jurídico Sensato, in: CHRISTIAN COURTIS (Org.), **Observar la Ley: Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica**, Madrid: Trotta, 2006, p. 53.

³⁹ Cf. FINNIS, John, Natural Law and Legal Reasoning, **Cleveland State Law Review**, v. 38, p. 1–13, 1990, p. 1 (“Legal reasoning is, broadly speaking, practical reasoning. Practical reasoning moves from reasons for action to choices (and actions) guided by those reasons”).

ou aplicação do direito em diferentes níveis institucionais (e.g. tribunais, administração pública, parlamentos).⁴⁰ Em última análise, essas *prescrições normativas*⁴¹ recomendam como o *decisor jurídico*⁴² deve agir conforme o direito.⁴³

Quanto ao método empregado na pesquisa jurídica,⁴⁴ consideramos que essa investigação acadêmica seja desenvolvida segundo um processo dialético de argumentação.⁴⁵ Desse modo, juristas produzem conhecimento jurídico a partir de discussões argumentativas envolvendo debatedores racionais, cada qual responsável pela apresentação de razões para justificar ou refutar sua posição diante de uma diferença de opiniões.⁴⁶ Esse ponto de vista em disputa, abordado dialeticamente ao longo da

⁴⁰ Cf. FERRAZ JR., Tércio S., **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 85 (definindo doutrina, i.e., as teorias produzidas pela ciência dogmática do direito, como “um corpo de fórmulas persuasivas que influem no comportamento dos destinatários [...] tendo em vista a *decidibilidade* de conflitos”) (destaque no original).

⁴¹ A particular expressão *prescrições normativas* denota que o produto da pesquisa jurídica são (i) proposições práticas direcionadas a um público-alvo identificável e que (ii) essas proposições são derivadas de premissas normativas, i.e., juízos de valor pressupostos, relativos à licitude, justiça, eficiência etc. Ver RUBIN, Edward L., *The Evaluation of Prescriptive Scholarship*, **Tel Aviv University Studies in Law**, v. 10, p. 101–114, 1990, p. 101.

⁴² Referimo-nos neste trabalho a “decisor jurídico” não como uma tradução vulgar da expressão de língua inglesa “*legal decision-maker*.” De fato, apesar da estranheza, o termo torna-se muitas vezes preferível em relação a outros, de utilização corrente na literatura jurídica brasileira, como “aplicador do direito” ou “julgador”. O primeiro deles parece ignorar a dimensão deliberativa da aplicação do direito, pressupondo que a decisão jurídica tomada por um ator institucional (e.g. juiz) decorra direta e necessariamente de soluções normativas determinadas antecipadamente por um ordenamento fechado, completo e coerente. Essa pressuposição é incompatível com a ideia de direito como prática social argumentativa, na qual o conteúdo das normas depende, na maioria das vezes, de uma construção semântica fundada em argumentos interpretativos a serem avançados ou rebatidos pelo “aplicador do direito.” Cf. PECZENIK, Aleksander, **On Law and Reason**, Dordrecht: Springer, 2009, p. 22–23 (comparando o conceito de “*legal decision-making*”, na qual juízos de valor são reconhecidos, com o conceito de “*application of law*” que, embora menos preciso, é comum na tradição jurídica romano-germânica). O segundo termo, “julgador”, embora não exclua necessariamente a deliberação dentro do raciocínio jurídico, parece muito restritivo, sugerindo que apenas os juízes ou tribunais argumentam sobre o direito. Embora aqueles atores sejam os destinatários mais comuns da pesquisa jurídica, não se pode ignorar, enquanto público-alvo dos juristas, também outros atores, como o parlamento e a administração pública.

⁴³ Ver RUBIN, *Law and the Methodology of Law*, p. 522.

⁴⁴ Ver LOPES, José Reinaldo de L. *et al*, **O que é Pesquisa em Direito?**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 84 (“[D]evemos confessar o caráter do método jurídico – o método filosófico, dialético” (...)) “O método é, portanto, argumentativo”). No mesmo sentido, cf. AARNIO, Aulis, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Dordrecht: Springer, 2011, p. 28 (“[T]he central methodology of [Doctrinal Study of Law] is not inductive or deductive but rational discursive. The method is legal argumentation, which produces a coherent network of reasons to support recommendations”); e PECZENIK, Aleksander, *A Theory of Legal Doctrine*, **Ratio Juris**, v. 14, n. 1, p. 75–105, 2001 (“Legal doctrine is a good example of a practice of argumentation, pursuing knowledge of the existing law, yet in many cases leading to a change in the law”) (notas omitidas).

⁴⁵ Fala-se aqui em “dialética” no sentido adotado pela tradição filosófica aristotélica, a partir da qual se pode descrever o processo argumentativo como um diálogo entre debatedores. Ver JOHNSON, **The Rise of Informal Logic: Essays on Argumentation, Critical Thinking, Reasoning and Politics**, p. 86.

⁴⁶ Cf. SARTOR, Giovanni, **Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law**, Dordrecht: Springer, 2005, p. 80 (“[D]octrinal reasoning may be viewed as consisting in an exercise of unilateral dialectics, intended as a disputational model of inquiry in which ‘one develops a thesis against its rivals, with the aim of refining its formulation, uncovering its basis of rational support, and assessing its relative weight’”) (notas omitidas). De fato, essa forma de discussão argumentativa poderia ser caracterizada como uma forma de

argumentação, corresponde a uma proposição prática sobre o direito,⁴⁷ o que chamaremos aqui de *tese jurídica*. Embora essas proposições refiram-se tradicionalmente a questões doutrinárias relativas à interpretação e sistematização do ordenamento, o produto da pesquisa jurídica, conforme definida aqui, não se restringe ao conhecimento sobre as regras, princípios e institutos do direito vigente. Em uma perspectiva mais ampla, teses jurídicas poderiam abarcar também o processo decisório de atores jurídicos, incluindo questões normativas acerca dos objetivos e valores promovidos por esses atores, e as teorias de moralidade pública⁴⁸ sobre as quais suas decisões estariam fundadas.⁴⁹

Pelo fato de os juristas serem debatedores racionais, envolvidos em discussões sobre teses jurídicas, seus movimentos argumentativos deveriam se desenvolver conforme um diálogo organizado por regras pré-estabelecidas. Esses requisitos de forma e procedimento, pelos quais se regula uma troca de argumentos e contra-argumentos, podem ser entendidos como uma espécie de código de conduta ou protocolo dialético.⁵⁰ Se determinada tese jurídica sobrevive a um exame crítico regulado por aquele protocolo, essa proposição poderia ser considerada então parte do *corpus* de conhecimento jurídico reconhecido como legítimo.

Entretanto, embora teses jurídicas expressem recomendações sobre como decidir conforme o direito, a validade⁵¹ dessas proposições depende não apenas da capacidade de influenciar seus destinatários institucionais,⁵² mas, principalmente, de seu potencial

discussão crítica. Sobre o modelo da discussão crítica desenvolvido pela teoria pragma-dialética, ver Capítulo IV.

⁴⁷ Cf. LOPES, Regla y Compás, o Metodología para una Trabajo Jurídico Sensato, p. 58–59 (afirmando que o objeto da pesquisa jurídica é uma solução prática, na forma de uma regra sobre como agir ou avaliar certa conduta, ou estado de coisas, segundo o direito).

⁴⁸ Cf., e.g., PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap, Legal Knowledge about What?, *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 326–345, 2000, p. 334 (afirmando que a pesquisa jurídica inclui também juízos de valor, de modo a harmonizar o direito com seu próprio fundamento normativo na perspectiva da moralidade e filosofia política).

⁴⁹ Cf. RUBIN, The Practice and Discourse of Legal Scholarship, p. 1853 (“*The reason for this irreducible normativity is that the subject of legal scholarship is law, and law is a mechanism through which our society operationalizes its normative choices. In a society like ours, moreover, these choices are a matter of conscious and continual debate*”).

⁵⁰ Empréstimo aqui o termo “protocolo dialético” (*dialectical protocol*) conforme utilizado por Sartor. Cf. SARTOR, Giovanni, A Teleological Approach to Legal Dialogues, in: PAVLAKOS, George (Org.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 2007, p. 253.

⁵¹ Fala-se aqui em conhecimento válido em referência a proposições práticas desenvolvidas em conformidade com o método de pesquisa jurídica adotado. Entretanto, pelo fato de esse método basear-se não em uma concepção epistemológica empírico-dedutiva, mas sim hermenêutico-argumentativa, a qualificação “válido” poderia ser substituída por “plausível” ou “aceitável”, como indicativa de teses jurídicas que denotem um conhecimento considerado legítimo dentro da comunidade acadêmica.

⁵² Esse aspecto metodológico parece ter sido reconhecido também por FERRAZ JR. ao afirmar que a questão da decidibilidade (de conflitos sociais) não é o objeto da dogmática, mas sim um problema pressuposto à pesquisa jurídica normativa. Ver FERRAZ JR., *A Ciência do Direito*, p. 42.

persuasivo sobre outros juristas.⁵³ Isso significa que, apesar de os decisores jurídicos serem o público ideal dos juristas,⁵⁴ o critério metodológico definitivo para sua pesquisa é a possibilidade de suas prescrições normativas serem racionalmente aceitas (*rational acceptability*) pela comunidade jurídica.⁵⁵

Ainda quanto ao método da pesquisa jurídica, supomos que o código de conduta para discussões argumentativas sobre o direito autorize que debatedores recorram a um conhecimento teórico externo ao discurso jurídico, tomando-o como fonte informativa para a construção de argumentos práticos.⁵⁶ O produto das pesquisas em ciências sociais torna-se assim instrumentalmente relevante à aceitabilidade de prescrições normativas direcionadas a decisores jurídicos.⁵⁷ Nesse sentido, supomos ainda que a Análise Econômica do Direito (“AED”), ao menos como técnica de argumentação consequencialista,⁵⁸ viabilize a execução de movimentos argumentativos legítimos, i.e., reconhecidos pelo protocolo dialético como forma aceitável de justificar ou refutar teses jurídicas.

Dito tudo isso, percebe-se que a forma de pesquisa proposta aqui não se enquadra completamente no modelo tradicional dos trabalhos doutrinários ou de dogmática jurídica. Essa constatação se explica como decorrência de nossa escolha metodológica por um referencial analítico explicitamente normativo⁵⁹ e moderadamente externo⁶⁰ ao fenômeno

⁵³ RUBIN, Edward L., What Does Prescriptive Legal Scholarship Say and Who is Listening to It: A Response to Professor Dan-Cohen, **University of Colorado Law Review**, v. 63, p. 731, 1992, p. 750.

⁵⁴ Falamos aqui em “público ideal”, porque as recomendações oferecidas pelos juristas não precisam estar literalmente endereçadas, e.g., a tribunais ou legisladores. De fato, decisores jurídicos não precisam efetivamente adotar as prescrições normativas produzidas pela pesquisa jurídica. Mais ainda, tampouco precisariam estar cientes do teor dessas recomendações. Cf. RUBIN, Edward L., On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, **California Law Review**, p. 889–963, 1992, p. 904 (explicando que “[t]he notion of a prescription addressed to a particular decision-maker describes the conceptual structure of the [legal scholarly] work, the way in which its arguments are formulated”).

⁵⁵ Sobre a ideia de aceitabilidade racional, ver AARNIO, Aulis, On Rational Acceptability: Some Remarks on Legal Justification, in: NERHOT, Patrick (Org.), **Law, Interpretation and Reality**, Dordrecht: Springer, 1990, p. 73–83. É bem verdade que Aarnio se utiliza de uma definição mais restrita de pesquisa jurídica, na qual parece incluir apenas trabalhos voltados à interpretação e sistematização do ordenamento. Isso, contudo, não torna suas considerações menos relevantes para nós, já que aquele autor também considera a pesquisa jurídica uma atividade de natureza argumentativa.

⁵⁶ Ver AARNIO, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, p. 19.

⁵⁷ Ver RUBIN, **Law and the Methodology of Law**, p. 555.

⁵⁸ Sobre AED e argumentação consequencialista no Brasil, ver, por todos, PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno, Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método, **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, p. 95–144, 2013. Cf., ainda, MACKAAY, Ejan, **Law and Economics for Civil Law Systems**, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 6 (explicando AED como método que busca determinar os efeitos de normas jurídicas e seus correspondentes incentivos econômicos).

⁵⁹ A adoção de um referencial normativo explícito pode ser contrastada com os apelos tácitos à normatividade comumente realizados em trabalhos doutrinários que, pretendendo explicar o conteúdo do direito, evitam recorrer expressamente a critérios valorativos de natureza extrajurídica. Cf. WENDEL, W. Bradley, Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Legal Analysis, **Cornell**

jurídico. Vejamos o que isso significa. Um posicionamento normativo explícito implica que este trabalho não tem como propósito declarado explicar a ordem jurídica vigente ou, de qualquer outro modo, contribuir para discussões sobre sua melhor descrição. Ao invés disso, propõe-se a analisar criticamente as razões que justifiquem, conforme a prática do direito, por que uma dada decisão jurídica *deveria*, ou não, ser tomada. A crítica a essas razões justificatórias para decisões jurídicas, todavia, não dependerá da identificação de um conteúdo valorativo objetivado, já pré-estabelecido nas normas do ordenamento.⁶¹ Ao contrário, nosso trabalho desenvolve-se a partir de um referencial não vinculado à ordem jurídica, viz., os critérios analíticos oferecidos por uma teoria geral da argumentação.⁶²

Um ponto de vista moderadamente externo, por sua vez, denota que, embora não se ignore a perspectiva normativa compartilhada pelos profissionais do direito, este trabalho esforça-se para romper uma *unidade de discurso* que se forma com a prática jurídica,⁶³ tendência que parece caracterizar a pesquisa doutrinária no Brasil.⁶⁴ A unidade de discurso

Law Review, v. 96, p. 1035–1074, 2010, p. 1039. Entretanto, a inevitável presença, na doutrina jurídica, de critérios valorativos implícitos parece justificar a qualidade criptonormativa da investigação dogmática no direito. Ver FERRAZ JR., **A Ciência do Direito**, p. 44.

⁶⁰ Sobre a relevância de um ponto de vista moderadamente externo, enquanto perspectiva analítica voltada à compreensão dos sentidos compartilhados pelos membros da comunidade jurídica, cf. HOECKE, Mark Van; OST, Francois, Epistemological Perspectives in Legal Theory, **Ratio Juris**, v. 6, n. 1, p. 30–47, 1993, p. 42 (“If one rejects both the position of an external spectator and that of an internal participant must one then conclude that it is not possible to have a science of law? Not if one is willing to follow a third course, namely that of ‘moderate external point of view’ or ‘point of view of the external observer who relies on the internal point of view of the lawyers’”).

⁶¹ Apontando a impossibilidade de uma pesquisa doutrinária valorativamente neutra, cf. PECZENIK, Aleksander, **Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law**, Dordrecht: Springer, 2005, p. 9–10 (“All legal doctrine includes normative components. But legal scholars usually play down their genuine normative standpoints and harmonize them with values implicit in the law itself”).

⁶² Como não poderia deixar de ser, um critério normativo explícito, conforme adotado neste trabalho, pressupõe certas visões de mundo por parte do pesquisador. Isso significa que nossa escolha de analisar argumentos jurídicos a partir de plausibilidade ou aceitabilidade lógica revela aspectos relevantes de nossa própria ideologia. Embora esses pressupostos valorativos pessoais já se expressem neste trabalho, vale mencioná-los aqui, como garantia de que sejam adequadamente reconhecidos e explicitados. Sendo assim, declaramos, como nosso pressuposto ideológico, a visão de que decisões jurídicas são melhor justificadas com recurso a razões normativas (i) não contraditórias e (ii) racionalmente compreensíveis. Isso impõe que fatores paralelos à racionalidade, tais como referências estritas às emoções e à autoridade pessoal do decisor – ou de outros atores afetados, e.g., réus, administrados, opinião pública –, devam ser desconsiderados ao se justificar o conteúdo de uma decisão jurídica em quaisquer níveis institucionais. Sobre a importância de se reconhecer os inevitáveis pressupostos ideológicos da pesquisa jurídica, cf. MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 305 (“Failure to confront and account openly for values involved, and to defend one’s own proposals as to what the relevant values are, may confer on work about law an apparently greater objectivity than if a proper openness were practised. But it is this concealment of value-orientation, not its open avowal, that is ideological in a sinister sense”).

⁶³ Ver RUBIN, *The Practice and Discourse of Legal Scholarship*, p. 1881.

⁶⁴ Aproximamos aqui, com ressalvas, a ideia de unidade de discurso, formulado por Rubin no contexto da academia norte-americana, e o problema do *atraso relativo* da pesquisa jurídica brasileira, apontado por Nobre já há mais de uma década. Ver NOBRE, Marcos, Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil, **Novos Estudos**, v. 66, p. 145–154, 2003, p. 149.

entre o pesquisador e o profissional do direito torna-se problemática na medida em que induz os juristas a reproduzir o padrão argumentativo correntemente empregado nos tribunais, prejudicando a clareza e a racionalidade das prescrições normativas produzidas pela pesquisa jurídica.⁶⁵ Mais ainda, o problema da unidade de discurso reforça a percepção equivocada sobre a suficiência de pesquisa doutrinária, tanto na caracterização dos eventos externos ao direito, quanto na avaliação dos efeitos das recomendações oferecidas pelos juristas.⁶⁶

Essa suposta autonomia da doutrina frente ao conhecimento teórico sobre fatos empíricos peca também ao ignorar a diversidade de decisores a que a pesquisa jurídica está destinada.⁶⁷ De fato, não apenas o juiz argumenta sobre o direito, mas também o legislador e o administrador público, ambos profundamente envolvidos na atividade regulatória do Estado. O diálogo entre juristas e atores não judiciais, todavia, não pode ser estabelecido em termos puramente doutrinários, dentro de um vocabulário restrito à categorização e sistematização do ordenamento. Isso ocorre porque decisores jurídicos em um Estado Regulador dialogam também a partir de *policy arguments*,⁶⁸ i.e., argumentos baseados em considerações sobre a função do direito na promoção de determinados objetivos sociais.⁶⁹

Na verdade, também os tribunais, inclusive no Brasil,⁷⁰ já se utilizam dessa argumentação consequencialista, pela qual indicam sua preocupação com o possível impacto de decisões judiciais na implementação de políticas públicas.⁷¹ Diante desse cenário, ignorar a especificidade da linguagem adotada por legisladores e administradores, e deliberadamente reduzir a pesquisa jurídica à doutrina explanatória, restrita à dimensão interna do direito, apenas reduziria a relevância do discurso prático produzido por juristas.⁷²

* * *

⁶⁵ Ver RUBIN, The Practice and Discourse of Legal Scholarship, p. 1881.

⁶⁶ Ver *Ibid.*, p. 1882.

⁶⁷ Ver RUBIN, Law and the Methodology of Law, p. 550.

⁶⁸ Ver *Ibid.*

⁶⁹ Ver BELL, John, Policy Arguments and Legal Reasoning, in: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; ULRIKE, Hahn (Org.), **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**, Dordrecht: Springer, 1995, p. 73–97.

⁷⁰ Ver PARGENDLER; SALAMA, Direito e Consequência no Brasil, p. 125; e PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno, Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts, **Tulane Law Review**, 2016 (no prelo).

⁷¹ Ver RUBIN, Law and the Methodology of Law, p. 552.

⁷² Ver *Ibid.*, p. 551.

Após esta minuciosa Introdução no primeiro capítulo, nosso trabalho desenvolve-se em mais cinco partes, com as quais fundamentamos a tese de que justificar o término da interação entre antitruste e política de emprego somente com AED pode produzir argumentos falaciosos. Seguindo assim, o Capítulo II apresenta as formas de sobreposição entre regulação dos mercados de consumo e dos mercados de trabalho em processos de controle de concentrações. Nessa parte, demonstramos a inconsistência na ação administrativa do CADE quanto às relações entre antitruste e política de emprego, bem como as eventuais consequências do rompimento imotivado dessa atípica interação de políticas públicas.

O Capítulo III formula uma possível justificativa para o abandono das preocupações com nível de emprego no antitruste brasileiro. Nessa parte, retomamos as bases do regime de controle de concentrações, para então incorporar aquela justificativa ao discurso do direito concorrencial na forma de uma argumentação voltada às consequências econômicas de decisões jurídicas. O Capítulo IV analisa a estrutura lógica e as condições de plausibilidade dos argumentos consequencialistas produzidos pela análise econômica. Nessa parte, introduzimos um modelo de argumentação que, tomado como referencial normativo, permite-nos avaliar se aqueles argumentos seriam aceitáveis em uma discussão racional sobre os efeitos dos remédios antitruste.

O Capítulo V demonstra por que a justificativa de política pública proposta, enquanto razão econômica para o abandono das preocupações com nível de emprego, poderia se desnaturar em uma falácia informal. Nessa quinta parte, revisamos alguns modelos de concorrência imperfeita no mercado de trabalho, apontando como controvérsias teóricas entre economistas, se ignoradas ao longo do processo argumentativo, reduzem a plausibilidade de argumentos jurídicos consequencialistas. Na Conclusão, retornamos à tese defendida neste trabalho e indicamos suas contribuições para o estudo da AED na argumentação jurídica.

II. CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES E REGULAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO

Neste primeiro capítulo, começamos apresentando os indícios de uma antiga interação entre antitruste e política de emprego no Brasil. Em seguida, analisamos decisões do CADE em processos de controle de concentrações para demonstrar como remédios antitruste foram utilizados durante os anos 90 em uma tentativa de controlar o impacto de operações anticompetitivas sobre os mercados de trabalho. Demonstramos ainda que as reconhecidas preocupações com nível de emprego, por parte do Conselho, parecem ter sido abandonadas em 2001 sem qualquer motivação expressa. Por fim, apontamos como, diante da ausência de uma justificativa de política pública, esse redirecionamento da ação administrativa do CADE poderia afetar não apenas a legitimidade do antitruste, mas também sua atual implementação.

2.1 Antitruste e política de emprego no Brasil

As relações entre antitruste e política de emprego é um tema ainda pouco explorado na literatura jurídica,⁷³ mesmo em jurisdições com maior experiência em regulação concorrencial, como os Estados Unidos da América (“EUA”) e a União Europeia (“UE”).⁷⁴

⁷³ Na literatura nacional, reconhecendo a natureza instrumental do direito concorrencial, com uma implícita possibilidade teórica de sobreposições entre antitruste e políticas de emprego, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial: As Estruturas**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 333, nt.79; SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45–46; FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 497; NUSDEO, Ana Maria de O., **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231; PROENÇA, José Marcelo M., **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157; GOMES, Carlos J. V., Os Escopos Sociais do Direito Antitruste, **Revista do IBRAC**, v. 11, n. 2, p. 129–148, 2004; e COSTA, Maurício de M., Breves Observações sobre o Compromisso de Desempenho, **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 2, p. 4–30, 1997.

⁷⁴ Sobre o tema nos EUA, cf., e.g. LITWINSKI, John A., Regulation of Labor Market Monopsony, **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 22, p. 49–98, 2001.; CHEPAITIS, Daniel J., The National Labor Relations Act, Non-Paralleled Competition, and Market Power, **California Law Review**, v. 85, n. 4, p. 769, 1997; MARKS, Randall, Labor and Antitrust: Striking a Balance Without Balancing, **Am. UL Rev.**, v. 35, p. 699, 1985; JERRY, Robert H., Antiturst and Employer Restraints in Labor Markets, **Industrial Relations Law Journal**, v. 6, p. 173, 1984.; e HOFFMANN, Elinor R., Labor and Antitrust Policy: Drawing a Line of Demarcation, **Brooklyn Law Review**, v. 50, p. 1–52, 1983. No direito europeu, tratando especificamente de política de emprego, cf., e.g. HODGE, Tom C., Compatible or Conflicting: The Promotion of High Level of Employment and the Consumer Welfare Standard under Article 101, **William and Mary Law Review**, v. 3, n. 1, p. 59–138, 2012; SEMMELMANN, Constanze, **Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC**, Baden-Baden: Nomos, 2008; SUFRIN, Brenda, The Evolution of Article 81(3) of the EC Treaty, **Antitrust Bulletin**, v. 51, n. 4, p. 915–981, 2006; e MONTI, Giorgio, Article 81 EC and Public Policy, **Common Market Law Review**, v. 39, n. 5, p. 1057–1099, 2002. Sobre as relações

À primeira vista, o menor interesse pelo estudo das possíveis sobreposições entre regulação dos mercados de consumo e regulação dos mercados de trabalho explica-se ao considerarmos como essas duas técnicas administrativas foram historicamente coordenadas. Referimo-nos aqui, em especial, às normas e doutrinas jurídicas que excepcionam a aplicação da legislação concorrencial às formas de organização coletiva do trabalho,⁷⁵ estabelecendo isenções antitruste à atividade sindical.⁷⁶

Entretanto, parece-nos que a coordenação entre os regimes de defesa da concorrência e de proteção do trabalho pode ter se tornado menos estável nas últimas décadas. Dizemos isso porque, com a liberalização comercial e a mundialização dos processos econômicos, verifica-se hoje uma tendência à adoção de estratégias empresariais baseadas na realocação de unidades produtivas entre diferentes territórios nacionais em busca de legislações trabalhistas mais favoráveis.⁷⁷ Dentro da lógica de uma economia globalizada, maiores empresas obtêm vantagens comparativas em face da concorrência internacional mediante seu reposicionamento espaço-geográfico, orientando-se pela possibilidade de reduções no custo do fator trabalho. Essas estratégias, por sua vez, poderiam enfraquecer os sindicatos de trabalhadores, cuja base de atuação é necessariamente nacional, levando à diminuição do seu poder de barganha.⁷⁸

De todo modo, seja qual for a extensão dos impactos da globalização no Brasil, podemos começar a visualizar uma aproximação entre o antitruste e política de emprego a partir de demandas trabalhistas cujo controvérsia relaciona-se, direta ou indiretamente à

explícitas entre direito concorrencial e política de emprego na África do Sul, cf., e.g., HARTZENBERG, Trudi, Competition Policy and Practice in South Africa: Promoting Competition for Development, **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 26, n. 3, p. 667–685, 2005; FOX, Eleanor M., Equality, Discrimination, and Competition law: lessons from and for South Africa and Indonesia, **Harvard International Law Journal**, v. 41, n. 2, p. 579–594, 2000, p. 585; e KOVACIC, Merger enforcement in transition, p. 1105.

⁷⁵ Cf., e.g., HOVENKAMP, Herbert, Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930, **Texas Law Review**, v. 66, p. 919–966, 1988 (analisando a aplicação da direito antitruste norte-americano para reprimir a atividade sindical no início do século XX).

⁷⁶ Nos EUA, cf. HANDLER, Milton; ZIFCHAK, William C., Collective Bargaining and the Antitrust Laws: The Emasculation of the Labor Exemption, **Columbia Law Review**, v. 81, n. 3, p. 459–515, 1981. Na UE, cf. VAN DEN BERGH, Roger; CAMESASCA, P. D. N., Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust, **European Law Review**, v. 25, n. 5, p. 492–508, 2000.

⁷⁷ Ver JACOBY, Sanford M., Economic Ideas and the Labor Market: Origins of the Anglo-American Model and Prospects for Global Diffusion, **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 25, p. 43–78, 2003, p. 73.

⁷⁸ Ver FARIA, José Eduardo, **Direito e Economia na Democratização Brasileira**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116–117; e FARIA, José Eduardo, **O Direito na Economia Globalizada**, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 243–244.

atuação do CADE no controle de concentrações.⁷⁹ De fato, esses específicos casos seriam pouco significativos no universo de julgados da Justiça do Trabalho, não fosse a particularidade de seu fundamento jurídico, viz., o direito concorrencial. Embora o mandato institucional do Conselho volte-se à tutela da ordem econômica contra práticas anticoncorrenciais, algumas de suas decisões parecem ter criado também direitos subjetivos em favor de trabalhadores. O que, por sua vez, permitiu-lhes demandar seus empregadores valendo-se de fundamentos jurídicos estranhos às fontes típicas do direito do trabalho.

As alegações apresentadas naquelas demandas baseavam-se na suposta violação, por parte dos empregadores, de obrigações assumidas perante o CADE em processos de controle de concentrações. Mais especificamente, essas demandas referiam-se ao descumprimento das disposições de Termos de Compromisso de Desempenho (“TCD”) estabelecidos entre o CADE e as empresas-parte, enquanto condicionantes para a aprovação de atos de concentração sob análise.⁸⁰ Segundo a revogada Lei 8.884/94, os compromissos de desempenho garantiriam a efetiva concretização de eficiências, e outros fatores compensatórios, que permitiriam a autorização de atos de concentração restritivos à concorrência. Os TCD, portanto, formalizam o desenho dos remédios antitruste negociados em processos de controle de concentrações.⁸¹

Nas referidas demandas trabalhistas, os demandantes sustentavam que os compromissos assumidos por seus empregadores via TCD proibiam-lhes, e.g., a dispensa

⁷⁹ Cf. Ação Cautelar No. 0000145-88.2012.5.04.0781, 1º Vara do Trabalho de Estrela-RS, demanda proposta em 16.02.2012 pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas de Alimentação de Estrela, Teutônia, Bom Retiro do Sul, Fazenda Vilanova, Westfalia, Imigrante, Colinas em face da empresa BRF - Brasil Foods S/A; e Ação Cível Pública No. 0001618-39.2012.5.01.0023, 23º Vara do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ, proposta em 03.12.2012 pelo Ministério Público do Trabalho em face das empresas VRG Linhas Aéreas S.A. e Webjet Linhas Aéreas S.A. Dentre as demandas mais antigas, cf., e.g. os acórdão no Recurso de Revista No. 414/2004-261-04-00.5, Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas, Recorrida: Rosane Flores, Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa, Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, j. 03 jun. 2009; no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista No. 2.793/2000-035-02-40.7, Agravante: Antonio Augusto Salazar Mazarra, Agravada: Companhia de Bebidas das Américas, Relator: Min. Rosa Maria Weber, Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, j. 09 ago. 2006; e no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança No. 56.815/2002-900-04-00.5, Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas e outros, Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas da Alimentação de Montenegro e outros, Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, j. 23 maio 2006.

⁸⁰ Cf. art. 58, Lei 8.884/94 (“O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54 [Do Controle de Atos e Contratos], de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo”).

⁸¹ Mais ainda, os TCD tornavam-se também instrumento para um acordo administrativo entre os sujeitos dos processos de controle de concentração previsto na Lei 8.884/94. Ver PROENÇA, José Marcelo M., Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo CADE, in: GILBERTO, André M.; CAMPILONGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.), **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**, São Paulo: Singular, 2011, p. 270–271.

injustificada de trabalhadores. Daí o suposto ilícito por parte dessas empresas que, reduzindo o número de empregados após a aprovação da operação, descumpririam suas obrigações perante o CADE. Apesar do resultado dessas demandas, sua referência aqui, mais do que uma ilustração, permite-nos identificar as primeiras consequências institucionais de uma interação entre antitruste e política de emprego.

Vejamos abaixo como a interação entre essas diferentes políticas desenvolveu-se com remédios antitruste voltados à regulação dos mercados de trabalho. Daqui em diante, denominaremos esses remédios *medidas de política de emprego* ou, simplesmente, *medidas de emprego*.⁸² Analisando antigas decisões do Conselho em processos de controle de concentrações, identificamos a seguir o conteúdo e a forma específicos dessas medidas, conforme aplicadas durante os primeiros anos da Lei 8.884/94.

2.2 Esquecidas inconsistências no controle de concentrações

O primeiro ato de concentração cuja aprovação foi condicionada à adoção de medidas de emprego foi o caso *Oriente/Ajinomoto*,⁸³ julgado no ano de 1995. Dentre as diversas condicionantes estabelecidas, previa-se que as empresas-parte deveriam manter o nível de emprego em suas unidades (i.e. estabelecimentos empresariais) após a aprovação da operação, sendo vedada a dispensa arbitrária de empregados durante a vigência do TCD. Conforme acordado entre o CADE e as empresas:

Para a consecução do objeto deste Termo de Compromisso de Desempenho, as COMPROMISSÁRIAS assumem, a partir da assinatura do citado Termo, as obrigações adiante estabelecidas, todas relativas à fabricação e comercialização do Glutamato Monossódico (MSG): (...) (e) Garantir a manutenção do nível de emprego existente nas unidades fabris das COMPROMISSÁRIAS, e que são vinculados ao processo de produção de glutamato monossódico, ressalvados os casos de demissão por justa causa e aquelas decorrentes da mudança no processo produtivo;⁸⁴ (grifo nosso).

⁸² A qualificação das medidas de política de emprego como remédios antitruste será justificada no Capítulo III.

⁸³ Ato de Concentração No. 19/1994 (Oriente Indústria e Comércio S.A. e Ajinomoto Co. Inc.), Relator: Cons. Carlos Vieira de Carvalho, j. 13 nov. 1995.

⁸⁴ Cláusula Segunda, TCD do AC 19/1994.

Os remédios de política de emprego foram novamente aplicados em 1996, no caso *Grace/Crown*.⁸⁵ Entretanto, o CADE utilizou-se dessa vez de uma medida diferente, obrigando as empresas a implementar programa de recolocação profissional voltado a empregados que, em decorrência da operação, fossem dispensados.⁸⁶ Nos termos do TCD:

Para a consecução do objeto deste instrumento, a Compromissária se compromete, a partir da assinatura do presente Termo de Compromisso de Desempenho, a: (...) e) desenvolver um programa de recolocação dos profissionais que, porventura, vierem a ser dispensados;⁸⁷ (grifo nosso).

Ainda em 1996, agora no caso *Santista/CARFEPE*,⁸⁸ o TCD adotado pelas empresas-parte na operação previa remédios similares àqueles aplicados em *Grace/Crown*. Contudo, neste novo caso, o programa de treinamento parecia voltado aos próprios empregados das empresas, e a despeito de eventuais demissões decorrentes do ato de concentração:

Para a consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA se compromete, no período 1996/2000, até o término do prazo de vigência do presente Termo, consoante a Cláusula 6º (sexta) abaixo: (...) e) a realizar novos investimentos, no valor de R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais), em treinamento de pessoal, pesquisas e desenvolvimento, objetivando a melhoria da qualidade dos produtos da CAMPO GRANDE⁸⁹ (grifo nosso).

Esses remédios de política de emprego foram amplamente utilizados em 1996 também no caso *Kolynos/Colgate*.⁹⁰ Dentre eles, previam-se as obrigações de promover o treinamento e desenvolvimento de seus empregados, incluindo programas de alfabetização,

⁸⁵ Ato de Concentração No. 24/1995 (Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda. e Crown Química S.A.), Relator: Cons. Edison Rodrigues Chaves, j. 10 jul. 1996.

⁸⁶ Note-se que no Ato de Concentração No. 2/1994 (Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados - Fosfértil), Relator: Cons. Antonio Carlos Fonseca, j. 28 jul. 97, o acórdão original determinava, conforme previsto no TCD respectivo, a obrigação de as empresas promoverem programas de treinamento voltados à reinserção de empregados dispensados em função da operação. Contudo, essa previsão foi excluída do TCD via recurso administrativo ao próprio CADE.

⁸⁷ Cláusula Segunda do TCD do AC 24/1995.

⁸⁸ Ato de Concentração No. 25/1995 (Santista Alimentos S.A. e CARFEPE S.A. Administradora e Participadora), Relator: Cons. Antonio Carlos Fonseca, j. 07 ago. 1996.

⁸⁹ Cláusula Segunda, letra “e”, do TCD do AC 25/1995.

⁹⁰ Ato de Concentração No. 27/1995 (Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda.), Relator: Cons. Lucia Helena Salgado, j. 18 set. 1996.

bem como de retreinamento e requalificação, caso houvesse demissões decorrentes da operação. Nos termos do TCD:

Realizar, até o ano de 2001, investimentos de US\$ 197.838.000 de acordo com os Anexos 6 a 10 deste, nas seguintes áreas relacionadas à fabricação, treinamento de funcionários, tecnologia e educação em saúde bucal: (...) (d) promover o treinamento e desenvolvimento dos empregados, implementando e executando cursos tais como Manutenção Preventiva Total e Fábrica Focalizada, no valor total estimado de US\$ 20,217,000. Se necessário, tais cursos poderão incluir também programas de alfabetização e instrução de outras habilidades básicas (...) (e) implementar e executar programa de qualificação profissional de retreinamento e recolocação (...), desenvolvido especialmente para o perfil da população envolvida, no caso de haver demissões de empregados em razão (a) da fusão de Kolynos do Brasil Ltda. e Colgate Palmolive Ltda.; ou (b) da suspensão da marca “Kolynos”⁹¹ (grifo nosso).

Em 1997, o CADE voltou a utilizar remédios para promover programas de recolocação profissional no caso *Panex/Alcan*.⁹² Embora não seja explicitado nas disposições do TCD, supomos que essas medidas também se direcionavam aos empregados eventualmente dispensados após a operação:

Para a consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA se compromete, a partir da assinatura do presente Termo de Compromisso, a (...) I) implementar programa de apoio e orientação à recolocação de pessoal⁹³ (grifo nosso).

Ainda naquele ano, como condição para o cumprimento da decisão do Conselho no caso *Gerdau/Pains*⁹⁴ – no qual foram impostas medidas para a desconstituição parcial do ato de concentração –, a empresa requerente elaborou Plano de Cumprimento de Decisão,⁹⁵

⁹¹ Item 3.7, letras “d” e “e”, TCD do AC 27/1995.

⁹² Ato de Concentração No. 79/1996 (Panex S.A. Indústria e Comércio e Alcan Alumínio do Brasil S.A.), Relator: Cons. Lucia Helena Salgado, j. 19 nov. 1997.

⁹³ Cláusula Segunda, letra “I”, TCD do AC 79/1996.

⁹⁴ Ato de Concentração No. 14/1996 (Siderúrgica Laisa S.A. e Cia. Siderúrgica Pains), Relator: Cons. José Matias Pereira, j. 27 nov. 1996.

⁹⁵ Embora parte do Conselho tenha se manifestado pela aprovação do ato de concentração, condicionando-o à adoção de “compromissos de desempenho” pelas empresas requerentes, não houve a formalização de um TCD no AC 14/1996. Cf. DUTRA, Pedro, **A Concentração do Poder Econômico: Jurisprudência**

comprometendo-se a implantar Medida Compensatória de Emprego voltada aos empregados dispensados em decorrência da operação. Nos termos do Plano acima:

O Grupo Gerdau implantará programa de qualificação profissional desenvolvido especialmente para o perfil da população envolvida, a ser executado pelo SENAI, sob supervisão da Comissão Municipal de Emprego e da Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional, do Ministério do Trabalho, de acordo com o documento em anexo à correspondência de 31/01/97 (Anexo XIV). Para fins de habilitação ao referido programa, o Grupo Gerdau fará publicar nota, a ser veiculada em jornal de grande circulação de Contagem e Divinópolis, por três dias consecutivos ou cinco intercalados, e por meio de mala direta quando conhecidos os endereços, disponibilizando aos demitidos a participação no programa⁹⁶ (grifo nosso).

Em 2000, o CADE utilizou-se no caso *Ambev*⁹⁷ dos dois tipos de medidas de emprego referidos anteriormente. A aprovação da constituição da Companhia de Bebidas das Américas foi condicionada à assunção de compromissos para manutenção do nível de emprego e implementação de programas de treinamento e recolocação profissional a empregados dispensados devido à reestruturação das empresas após a operação. Nos termos do TDC:

A COMPROMISSÁRIA deverá manter o nível de emprego, sendo que as eventuais dispensas associadas à reestruturação empresarial serão obrigatoriamente acompanhadas de programas de retreinamento e recolocação, nos termos das Subcláusulas abaixo. 2.4.1. A COMPROMISSÁRIA deverá promover os programas de retreinamento e recolocação para todos os empregados cuja dispensa

Anotada, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 289. Nesse caso, os remédios antitruste foram aplicados unilateralmente, sendo apenas permitido às empresas-parte na operação optar entre (i) a continuidade da concentração empresarial, sujeitando-se a diversas medidas estruturais e comportamentais; ou (ii) alternativas que implicariam direta ou indiretamente a desconstituição do ato de concentração. Cf. RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner, **Direito e Economia da Concorrência**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 425 (indicando as alternativas oferecidas às empresas para a desconstituição parcial da operação). De todo modo, é certo que as condicionantes impostas no AC 14/1996 também evidenciam a interação entre antitruste e política de emprego na prática do CADE durante a década de 1990.

⁹⁶ Parecer ProCADE No. 134/97 no AC 14/1996.

⁹⁷ Ato de Concentração No. 08012.005846/1999-12 (Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), Relator: Cons. Hebe Teixeira Romano, j. 29 mar. 2000.

esteja diretamente associada à sua constituição ou à venda de seus ativos ou ainda à desativação de suas linhas de produção de cerveja⁹⁸ (grifo nosso).

Depois do caso *Ambev*, a aplicação de medidas de emprego parece ter sido interrompida por mais de uma década. O Conselho voltou a utilizá-las em 2011, no caso *Sadia/Perdigão*,⁹⁹ embora com função aparentemente diversa: a obrigação de manter o nível de emprego tornava-se um instrumento para a efetivação de remédios estruturais. Definiu-se assim que a manutenção do nível de emprego seria garantida *somente* nas unidades produtivas cuja venda foi imposta às empresas-parte como condição para a aprovação do ato de concentração. Nos termos do TCD:

Na vigência dos prazos previstos para cumprimento das obrigações de alienação de bens e direitos previstos na Cláusula 2.1, as Compromissárias deverão: (...) (c) manter o nível de emprego das referidas unidades produtivas, ficando vedada a dispensa injustificada de pessoal;¹⁰⁰ (grifo nosso).

Esse novo padrão de remédios antitruste para a manutenção do nível de emprego, agora vinculados à obrigação de alienar ativos, repetiu-se no TCD adotado no caso *Camargo Correa/CIMPOR*.¹⁰¹

Dos desinvestimentos de ativos. 3.1.4. (...) Durante (...) previstos para o cumprimento das obrigações de alienação de bens e direitos acima elencados, as Compromissárias garantem manter íntegras as unidades produtivas objeto de alienação, preservando os ativos tangíveis e intangíveis, o seu valor de mercado e o nível geral de emprego¹⁰² (grifo nosso).

De modo análogo, no caso *Rede D'or/Hospital Sta. Lúcia*,¹⁰³ o CADE aplicou unilateralmente medida de emprego vinculada também a remédios estruturais. Conforme determinado pelo Conselheiro Ricardo Ruiz, ao decidir pela aprovação parcial da

⁹⁸ Item 2.4, TCD do AC 08012.005846/1999-12.

⁹⁹ Ato de Concentração No. 08012.004423/2009-18 (*Sadia S.A. e Perdigão S.A.*), Relator: Cons. Carlos Ragazzo, j. 13 jul. 2011.

¹⁰⁰ Item 5.1 (c), TCD do AC 08012.004423/2009-18.

¹⁰¹ Ato de Concentração No. 08012.002259/2012-18 (*Camargo Corrêa S.A. e CIMPOR - Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.*), Relator: Cons. Alessandro Octaviani, j. 04 jul. 2012.

¹⁰² Item 3.1, TCD do AC 08012.002259/2012-18.

¹⁰³ Ato de Concentração No. 08700.004150/2012-59 (*Rede D'or São Luiz S.A. e outros*), Relator: Cons. Ricardo Ruiz, j. 05 jun. 2013.

operação, “a adquirente [dos ativos objeto do remédio estrutural] deverá manter o nível de emprego de todas as unidades alienadas, por um prazo mínimo de 6 (seis) meses após a aquisição.”¹⁰⁴ A partir da análise desses casos mais recentes, percebemos que as obrigações de manter o nível de emprego têm sido utilizadas apenas como remédio comportamental voltado à preservação da operacionalidade de ativos a serem alienados, i.e., objetos de um remédio de desinvestimento (*divestiture*).

Nesse aspecto, esses remédios parecem retomar uma racionalidade antitruste mais tradicional, limitando-se a regular o poder econômico nos mercados de consumo, a despeito de seu eventual impacto sobre os mercados de trabalho. Entendamos o porquê: preservando a funcionalidade das unidades produtivas em face dos concorrentes das empresas-parte na operação – o que dependeria, dentre outros fatores, do nível de emprego –, o CADE garante que os remédios de desinvestimento aplicados sobre esses ativos sejam mais eficazes. Isso lhe permite, portanto, controlar a tendência, economicamente racional, de que as empresas degradem os ativos a serem alienados, de modo que o adquirente possua menores condições de rivalizá-las nos mercados de consumo.¹⁰⁵

Essa mesma preocupação parece motivar a manutenção do nível de emprego também após a implementação do remédio estrutural, i.e., após a alienação de ativos específicos das empresas-parte. De fato, a efetiva desconcentração dos mercados por meio de um remédio de desinvestimento deve garantir que as condições de concorrência anteriores à operação sejam restauradas. Esse resultado, todavia, depende não apenas da operacionalidade dos ativos no momento da sua alienação, mas também da existência de incentivos para que sejam operados pelo adquirente como um concorrente de longo prazo nos mercados afetados pela operação.¹⁰⁶

Sendo assim, os remédios para manutenção de nível de emprego utilizados nos casos *Sadia/Perdigão*, *Camargo Correa/CIMPOR* e *Rede D’or/Hospital Sta. Lúcia* aproximam-se funcionalmente das obrigações previstas nos antigos Acordos de

¹⁰⁴ Voto do Cons. Relator, AC 08700.004150/2012-59, p.73.

¹⁰⁵ Cf. MOTTA; POLO; VASCONCELOS, *Merger remedies in the European Union*, p. 611 (“[I]t is clear that the merging parties have all the incentive to make sure that the purchaser of the divested assets will not be a competitive firm. This might result in several problems. For instance, in the period the assets are for sale and it still manages them, the seller might have an incentive to decrease their value, by transferring valuable personnel...”); e FARRELL, Joseph, *Negotiation and Merger Remedies: some problems*, in: LEVÉQUE, François; SHELANSKI, Howard (Org.), **Merger Remedies in American and European Union Competition Law**, Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 95.

¹⁰⁶ Cf. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies**, disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/archived-antitrust-division-policy-guide-merger-remedies-october-2004#3b>>, acesso em: 16 out. 2015, p. 9 (“A Divestiture Must Include All Assets Necessary for the Purchaser To Be an Effective, Long-Term Competitor”).

Preservação de Reversibilidade (“APRO”).¹⁰⁷ Esses acordos veiculavam medidas consensuais para tutela preventiva da concorrência ainda durante a vigência da Lei 8.884/94,¹⁰⁸ em cujo regime as notificações de concentração econômica não eram obrigatoriamente prévias à sua consumação.¹⁰⁹ Diante de um ato de concentração potencialmente anticompetitivo, o APRO garantiria que as empresas-parte continuassem operacionalmente independentes, de modo que a eventual desconstituição da operação fosse viável mesmo após o período de análise pelo Conselho.¹¹⁰

Portanto, assim como os diversos compromissos estabelecidos nos APRO, as medidas de emprego aplicadas em casos mais recentes visam assegurar a efetividade das decisões definitivas do CADE. Por outro lado, deve-se destacar que, embora as disposições dos APRO voltem-se à regulação dos mercados de consumo, esses compromissos tornaram-se fundamento jurídico em recente demanda trabalhista contra empresas-parte em uma operação já aprovada pelo Conselho.¹¹¹ Nessa demanda, o tribunal entendeu que obrigações previstas em APRO para manter o nível de emprego em unidades produtivas não se limitariam temporalmente ao período de análise do ato de concentração, já que, pressuposto à sua aprovação pelo CADE, haveria um imperativo constitucional de tutela abrangente da ordem econômica, incluindo a proteção ao trabalho.

Por isso, não se poderia considerar lícita a aquisição empresarial que, visando apenas acessar os ativos da adquirida, implicasse dispensa coletiva e injustificada após sua consumação. A Justiça do Trabalho afirmou, nesse sentido, que:

Embora da sua cláusula 6.3 [do APRO] expressamente conste sua vigência até a data da decisão do Plenário sobre o Ato de Concentração (...), não se revela razoável desconsiderar seu caráter vinculativo, expressamente consignado no

¹⁰⁷ Ver, e.g., Item 2.2., “e”, APRO 1 do Ato de Concentração No. 08012.010038/2010-43 (Diagnósticos da América S.A. e MDI Diagnósticos S.A.), Relator: Cons. Ricardo Ruiz, j. 12 abr. 2013; Item 2.1.5, APRO do Ato de Concentração No. 08012.008378/2011-95 (VRG Linhas Aéreas S.A. e Webjet Linhas Aéreas S.A.), Relator: Cons. Ricardo Ruiz, j. 10 out. 2012; e Item 2.3 “g”, APRO do Ato de Concentração No. 08012.005889/2010-74 (Fisher S.A. Comércio, Indústria e Agricultura e Citrovia Agro Industrial Ltda.), Relator: Cons. Carlos Ragazzo, j. 14 dez. 2011.

¹⁰⁸ Ver art. 8º, Resolução CADE No. 28, de 24 de Julho de 2002, **Diário Oficial da União**, 2 ago. 2002 (revogada).

¹⁰⁹ Ver art. 54, § 4º, Lei 8.884/94 (revogado) (“Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae”) (destaque no original).

¹¹⁰ Ver SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial**, p. 335.

¹¹¹ Cf. Recurso Ordinário em Ação Civil Pública No. 0001618-39.2012.5.01.0023, Recorrentes/Recorridos: VRG Linhas Aéreas S.A. e Webjet Linhas Aéreas S.A., Recorrente/Recorrido: Ministério Público do Trabalho, Relator: Des. Maria Aparecida Magalhães, Oitava Turma do Tribunal Regional do Trabalho, j. 9 mar. 2013.

preâmbulo do documento (...), concernente à manutenção do nível de emprego prevista no item 2.1.5. Não se pode admitir que as cautelas do órgão regulador, no particular, possam ficar limitadas apenas à fase antecedente da decisão definitiva sobre a aquisição da empresa, porquanto a tutela da ordem econômica tem também por fundamentos o valor social do trabalho e a justiça social, impondo a Constituição Federal a observância da função social da propriedade, na expressa dicção do art. 170 da Carta¹¹² (grifo nosso).

Entretanto, esse entendimento quanto à função das obrigações de manutenção de nível de emprego previstas nos APRO parece incompatível com a ação administrativa do CADE após o ano 2000. De todo modo, essa não é a primeira situação em que se propõe, a partir de certa leitura da Constituição, direcionar a atuação do Conselho para objetivos de proteção ao trabalho.¹¹³ O próprio CADE reconheceu que a busca do pleno emprego, enquanto princípio constitucional, não poderia ser ignorada em processos de controle de concentrações.¹¹⁴ Nesse sentido, já se entendeu necessária, e.g., a aplicação unilateral de remédios antitruste a operações que restringissem o livre exercício do trabalho pelos empregados das empresas-parte.¹¹⁵

O pleno emprego foi também considerado o único princípio constitucional equiparável à própria livre concorrência para os fins da regulação antitruste. Conforme destacado por parte do Conselho,¹¹⁶ apenas em favor do princípio do pleno emprego seriam admitidas isenções antitruste extraordinárias – previstas na então vigente Lei 8.884/94 –,

¹¹² Voto do Relator no RO ACP 0001618-39.2012.5.01.0023, p. 20.

¹¹³ Reconhecemos, todavia, que há precedentes trabalhistas mais restritivos quanto à extensão dos efeitos das medidas aplicadas pelo CADE em controle de concentrações. Cf. voto do Relator no AI RR 2.793/2000-035-02-40.7, p. 3 (“a determinação da referia autarquia no sentido de que Brahma e Antártica se abstivessem de realizar demissões como estratégia de integração deve ser entendida como vedação estabelecida com o intuito de preservar a ordem econômica e a dinâmica concorrencial no mercado de cervejas, sem redundar na garantia de emprego em favor dos empregados das aludidas empresas, interessadas no processo de fusão”) (grifo nosso). Nesse mesmo sentido, cf. RO MS 56.815/2002-900-04-00.5 e RR 414/2004-261-04-00.5. Entretanto, vale destacar que esses precedentes tratam de demandas trabalhistas individuais, não havendo, portanto, discussões quanto à possibilidade de dispensa coletiva seguida à concentração econômica.

¹¹⁴ “O CADE, mais que guardião da livre concorrência é ainda garantidor dos princípios gerais da atividade econômica. E de acordo com a Constituição (...) entre eles encontra-se a busca pelo pleno emprego.” Voto condutor do Conselheiro Luiz Alberto Scaloppe, Ato de Concentração No. 08012.000777/2005-60 (Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A.), j. 15 abr. 2005, p. 3. Em sentido contrário, cf. Ato de Concentração No. 08012.002243/2005-78 (Novartis AG e Hexal AG), Relator: Cons. Luis Fernando Vasconcellos, j. 18 maio 2005; e o Ato de Concentração No. 08012.001186/2005-18 (Eastman Kodak Company e Kodak Polychrome Graphics), Relator: Cons. Luiz Alberto Scaloppe, j. 18 maio 2005.

¹¹⁵ AC 08012.000777/2005-60.

¹¹⁶ Ver voto de Gesner Oliveira, então Presidente do CADE, AC 08012.005846/1999-12, p. 9 e 11.

voltadas à promoção da economia nacional e do bem comum.¹¹⁷ De modo ainda mais explícito, o CADE reconheceu as sobreposições entre antitruste e política de emprego ao estabelecer com o Ministério do Trabalho em 1997¹¹⁸ e 2000¹¹⁹, respectivamente, dois Protocolos de Intenções para integrar ações na implementação de programas de requalificação e recolocação profissional.¹²⁰ Nesse sentido, dispõe protocolo celebrado em 2000 que:

As partes signatárias [União/Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE] comprometem-se, reciprocamente, visando os objetivos do presente Protocolo e no âmbito de suas atribuições, a: I) atuar em parceria na avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda do emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas; II) propor condições para compromissos de desempenho previstos no art. 58 da Lei nº 8.884/94; III) prestar apoio técnico no monitoramento das condições dos compromisso de desempenho previstos no item II acima;¹²¹ (grifo nosso).

Esses protocolos visavam atenuar externalidades negativas de concentrações econômicas sobre os mercados de trabalho e, simultaneamente, melhorar seu funcionamento ao atacar o desemprego friccional [sic] (estrutural)¹²² decorrente da baixa versatilidade dos empregados comumente dispensados em decorrência dessas operações.¹²³ Tratava-se assim de iniciativa conjunta entre autoridade concorrencial e Administração

¹¹⁷ Sobre a concessão de isenções a atos de concentração em situações extraordinárias, ver art. 54, § 2º, Lei 8.884/94 (revogada). A atual Lei 12.529/2011, por outro lado, não possui dispositivo análogo.

¹¹⁸ Ver Extrato do Protocolo de Intenção de Reestruturação Produtiva e Requalificação. **Diário Oficial da União**, 31 mar. 1997.

¹¹⁹ Ver Extrato do Protocolo de Intenções celebrado entre União/Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Diário Oficial da União**, 14 abr. 2000.

¹²⁰ Em sentido contrário, entendendo que os protocolos consistiam apenas em uma estratégia para “garantir apoio da massa popular e política à atuação do CADE”, ver MARTINEZ, Ana Paula, Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil, **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 7/8, p. 331–346, 2012, p. 330.

¹²¹ O texto integral do Protocolo de 2000, incluindo o excerto citado acima, pode ser encontrado em documento anexo aos autos do AC 08012.005846/1999-12, p. 8597.

¹²² De modo bastante sintético, pode-se dizer que desemprego friccional resulta dos custos de mobilidade da força de trabalho, i.e., o tempo e os esforços dispendidos em atividades de procura (*job search costs*), o que dificulta a identificação e o preenchimento de vagas nos mercados de trabalho. Por outro lado, o desemprego estrutural resulta da incompatibilidade técnica entre as habilidades dos trabalhadores desempregados e as habilidades necessárias para ocupar posições de trabalho disponíveis. Ver WOODBURY, Stephen A., Unemployment, in: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; ORLY, Lobel (Org.), **Labor and Employment Law and Economics**, Northampton: Edward Elgar, 2009, p. 480–481.

¹²³ Ver CADE, **Relatório Anual 1996**, Brasília: CADE, 1997, p. 39.

Pública buscando a “neutralização de ineficiências macroeconômicas geradas por movimentos associados à busca da eficiência microeconômica.”¹²⁴

Pelo que vimos aqui, pode-se concluir que os TCD estabelecidos em decisões do CADE entre os anos de 1995 e 2000 criavam certa sobreposição entre regulação dos mercados de consumo e regulação dos mercados de trabalho. Nesses compromissos, as empresas requerentes assumiam obrigações voltadas à redução do custo social imposto pela dispensa coletiva de trabalhadores cujas funções tenham se tornado redundantes após os atos de concentração.¹²⁵ Os remédios antitruste aplicados nessas operações previam obrigações de (i) manter temporariamente o nível de emprego em suas unidades e (ii) implantar programas de qualificação e recolocação profissional a empregados eventualmente dispensados.

Apresentamos abaixo um quadro-síntese com os processos de controle de concentrações em que o CADE utilizou-se de medidas de emprego. Para comparação entre o conteúdo relevante dos TCD em cada ato de concentração, incluímos na tabela também os remédios comportamentais para manutenção de nível de emprego vinculados ao desinvestimento de ativos.

Ano	Ato de Concentração	Partes	Remédio de Antitruste
1995	AC 19/1994	Oriente Indústria e Comércio S.A. e Ajinomoto Co. Inc.	Manutenção do nível de emprego
1996	AC 24/1995	Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda. e Crown Química S.A.	Programa de qualificação/recolocação profissional
1996	AC 25/1995	Santista Alimentos S.A. e CARFEPE S.A. Administradora e Participadora	Programa de qualificação/recolocação profissional
1996	AC 27/1995	Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda.	Programa de qualificação/recolocação profissional
1996	AC 14/1996	Siderúrgica Laisa S.A. e Cia. Siderúrgica Pains	Programa de qualificação/recolocação profissional

¹²⁴ *Ibid.*, p. 38–39.

¹²⁵ *Cf. Ibid.*, p. 37 (reconhecendo que “o fim último da política de defesa da concorrência é a maximização de bem estar que tem o seu dual na minimização de custos sociais e privados”).

1997	AC 79/1996	Panex S.A. Indústria e Comércio e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	Programa de qualificação/recolocação profissional
2000	AC 08012.005846/1999-12	Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros	Manutenção do nível de emprego e programa de qualificação/recolocação profissional
2011	AC 08012.004423/2009-18	Sadia S.A. e Perdigão S.A.	Manutenção do nível de emprego (vinculada a desinvestimento)
2012	AC 08012.002259/2012-18	Camargo Corrêa S.A. e CIMPOR - Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.	Manutenção do nível de emprego (vinculada a desinvestimento)
2013	AC 08700.004150/2012-59	Rede D'or São Luiz S.A. e outros	Manutenção do nível de emprego (vinculada a desinvestimento)

Tabela 1 - Controle de concentrações e medidas emprego.¹²⁶

De fato, na maioria dos casos acima, tratava-se de medidas de emprego baseadas nas disposições da própria Lei 8.884/94,¹²⁷ cuja disciplina sobre TCD exigia que alterações no nível de emprego provocadas por atos de concentração fossem também consideradas pelo CADE ao definir remédios antitruste.¹²⁸ Entretanto, a despeito de sua previsão legal, essas preocupações com nível de emprego parecem ter sido abandonadas pelo CADE desde 2001. As medidas de emprego, como já vimos, reaparecem em casos recentes cumprindo apenas uma função instrumental, viz., garantir a efetividade de remédios de desinvestimento aplicados sobre unidades produtivas.

A recente reforma na legislação antitruste poderia indicar um definitivo apartamento entre antitruste e política de emprego, já que a Lei 12.529/2011 não adota o nível de emprego como critério para a definição dos remédios formalizados nos Acordos em Controle de Concentração (“ACC”).¹²⁹ Parece-nos, contudo, que a omissão legislativa

¹²⁶ Os casos indicados na tabela acima foram selecionados a partir de todo o universo de processos de controle de concentrações decidido entre 1994 e 2014, conforme disponibilizados no website do CADE (www.cade.gov.br).

¹²⁷ Ver MATTOS, César Costa A. de; COWIE, Michael G., Antitrust Review of Mergers, Acquisitions, and Joint Ventures in Brazil, **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 3, p. 89–137, 2001, p. 134–135.

¹²⁸ Cf. art. 58, §1º, Lei 8.884/94 (“Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração [...] as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.”)

¹²⁹ A celebração de ACC deveria estar disciplinada no artigo 92 da Lei 12.529/2011. Este dispositivo, contudo, foi objeto de veto presidencial, sob justificativa de que sua redação poderia limitar indevidamente o uso desse instrumento apenas à fase instrutória do processo de controle de concentração. Os ACC foram posteriormente regulamentados pelo CADE no artigo 125 da Resolução n. 1, de 29 de maio de 2012. Contudo, tanto o texto de lei vetado pela Presidência quanto a regulamentação do CADE não fazem qualquer

quanto à possibilidade de medidas de emprego serem incluídas em ACC não significa que sua aplicação esteja necessariamente excluída da competência do CADE.¹³⁰ De todo modo, a ausência de subsídios jurisprudenciais¹³¹ dificulta a identificação das razões jurídicas que teriam justificado, já há mais de uma década, a exclusão daquelas medidas do repertório de remédios cabíveis no regime de controle de concentrações. A percepção dessa mudança na ação administrativa do CADE, todavia, sugere-nos uma reformulação sutil, porém definitiva, na política concorrencial brasileira.

Concluimos nesta parte, em suma, que diferentes padrões decisórios e a fundamentação insuficiente do Conselho em processos de controle de concentrações não nos permitem determinar os motivos para o rompimento da interação entre antitruste e política de emprego no Brasil. As lacunas no texto da Lei 12.529/2011 e os limitados debates legislativos quando de sua elaboração também dificultam avaliar se o atual regime de ACC impossibilita novas sobreposições entre regulação dos mercados de consumo e regulação dos mercados de trabalho. De todo modo, ao ignorar o cabimento de medidas de emprego em operações recentes (e.g. *Sadia/Perdigão* e *Gol/Webjet*), o CADE parece reforçar certo entendimento quanto ao sentido da legislação concorrencial e à função institucional que desempenha na política de defesa da concorrência. A correção jurídica dessa opção interpretativa, contudo, depende necessariamente de uma justificativa de política pública adequada à regulação antitruste.

referência ao fator nível de emprego. Cf. FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 428.

¹³⁰ As declarações dos parlamentares durante as deliberações sobre a nova lei concorrencial parecem indicar sua intenção de reformular os TCD previstos na Lei 8.884/94, aproximando-os dos *consent decrees* do direito norte-americano. Assim o voto do Dep. Ciro Gomes, relator do Projeto de Lei No. 3937/2004 na Câmara dos Deputados, afirmando que a nova lei melhor delimitaria a atuação do CADE no controle de concentrações, evitando “extrapolações das restrições para objetivos que não aqueles pertinentes à concorrência.” GOMES, Ciro, **Parecer da Comissão Especial de Defesa da Concorrência ao Projeto de Lei n. 3.937, de 2004**, disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004>, acesso em: 17 out. 2015, p. 40. Não nos parece, contudo, que essas e outras manifestações do legislativo demonstrem que a intenção do Congresso Nacional seria afastar dos ACC quaisquer considerações sobre nível de emprego. Primeiro porque essa vontade do Legislador não se mostrou explícita, seja durante o processo legislativo, seja no próprio texto de lei aprovado. Segundo porque a ação antitruste nos mercados de trabalho não é necessariamente estranha a uma política de defesa da concorrência. Nesse sentido, reconhecendo que, a despeito da omissão da Lei 12.529/2011, o objeto dos ACC poderia incluir também os interesses dos trabalhadores, ver SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial**, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119.; e TOWNLEY, Christopher; CARDINALI, Adriana, A Utilização dos Precedentes da União Europeia no Direito Concorrencial Brasileiro, in: **Direito Econômico e Social: Atualidades e Reflexões sobre Direito Concorrencial, do Consumidor, do Trabalho e Tributário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 160.

¹³¹ A interpretação do art. 58, §1º, da Lei 8.884/94 foi tratada mais profundamente apenas pelo Cons. Antônio Fonseca ainda nos primeiros anos da vigência daquela lei. Ver Capítulo III.

2.3 Problemas de legitimidade e implementação do antitruste

Como vimos na seção 2.2 acima, o porquê da descontinuidade das medidas de emprego, enquanto remédio antitruste autônomo, é uma pergunta ainda a ser respondida, já que as razões para essa mudança na ação administrativa do CADE continuam não explicitadas. Naturalmente, diante da inexistência de motivação expressa para escolhas regulatórias, surgem preocupações com a transparência e o *accountability* na implementação de políticas em um modelo de governança descentralizada, como o Estado regulador.¹³² Por isso, buscando desenvolver as implicações dessa esquecida inconsistência no antitruste brasileiro, recorreremos agora ao arcabouço conceitual proposto pela literatura de *policy studies*.

Em estudos analíticos sobre o modelo adotado em agências independentes, são correntes as críticas à legitimidade democrática das decisões de entes administrativos não majoritários,¹³³ dentre os quais se incluem também as autoridades concorrenciais. Nesse sentido, a ausência de justificativas para se interromper a aplicação de medidas de emprego poderia ser entendida como uma falha no processo decisório do CADE, enquanto instituição não majoritária, frente à necessidade de apresentar razões (*reason-giving requirement*) para sua política regulatória.¹³⁴

Essa exigência institucional de justificar os objetivos perseguidos pelas agências busca garantir a legitimidade procedimental de sua atuação, o que se concretizaria por meio do controle judicial, da participação social e do debate público sobre regulação.¹³⁵ Porque as razões para a descontinuidade das medidas de emprego ainda não foram apresentadas, as decisões do CADE tornam-se contraditórias relativamente à pertinência do nível de emprego ao regime de controle de concentrações. Essa contradição regulatória, por sua vez, poderia afetar a legitimidade do antitruste também em uma dimensão

¹³² Sobre o surgimento do Estado regulador como modelo de governança, ver MAJONE, Giandomenico, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, **Journal of Public Policy**, v. 17, n. 2, p. 139–167, 1997. Sobre o modelo atual de Estado regulador no Brasil, ver, por todos, MATTOS, Paulo Todescan L., **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**, São Paulo: Singular, 2007, p. 138.

¹³³ Ver MAJONE, Giandomenico, Problems of the Regulatory State, in: MAJONE, Giandomenico (Org.), **Regulating Europe**, New York: Routledge, 1996, p. 292.

¹³⁴ Ver MAJONE, Giandomenico, The Regulatory State and its Legitimacy Problems, **West European Politics**, v. 22, n. 1, p. 1–24, 1999, p. 14.

¹³⁵ Ver *Ibid.*

substantiva, i.e., o respeito às expectativas dos administrados acerca da consistência da regulação e da expertise técnica dos reguladores.¹³⁶

De uma perspectiva jurídica, a inconsistência na atuação do Conselho, como apontado acima, é resultado da violação de um dever de prestação de contas sobre os meios e motivos para a ação administrativa sobre os mercados.¹³⁷ Havendo uma motivação expressa e suficiente para decisões antitruste, remédios aplicados pelo Conselho no controle de concentrações, embora contraditórios à primeira vista, tornar-se-iam racionalmente justificados e suscetíveis de controle social.¹³⁸ Entretanto, embora os aspectos jurídicos sobre legitimidade tornem-se relevantes diante de escolhas regulatórias imotivadas,¹³⁹ essas falhas institucionais podem afetar também a própria implementação do antitruste.

¹³⁶ Ver MAJONE, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, p. 191.

¹³⁷ Esse dever de motivar, derivado de um princípio da motivação, cf. DI PIETRO, Maria S. Zanella, **Direito Administrativo**, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82, possui fonte legal expressa no direito brasileiro, na forma de uma obrigação de indicar os fatos e fundamentos jurídicos de uma decisão da Administração Pública. Ver Lei No. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, **Diário Oficial da União**, 01.02.1999 (“Lei 9.784/99”), art. 2º, VII. A legislação refere-se ainda à necessidade de motivar decisões que divirjam da “jurisprudência firmada”, i.e., do padrão decisório já identificado na atuação de entes administrativos. Ver Lei 9.784/99, art. 50, VII. Essa ampla exigência de motivação estende-se também à atuação do CADE em processos de controle de concentrações. Cf. Lei 9.784/99, arts. 1º e 69 (estabelecendo o caráter subsidiário da lei de processo administrativo sobre toda a administração pública federal). De fato, a importância dos princípios gerais do *due process* administrativo no controle das decisões antitruste já é reconhecida em outras jurisdições. Ver, e.g., FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber, Antitrust’s Democracy Deficit, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2543, 2012, p. 2545.

¹³⁸ Sobre as dificuldades no controle da discricionariedade administrativa em remédios antitruste, cf. KHAN, R. A. A.; DAVIES, Gareth T., Merger Control and the Rule of Law, **Erasmus Law Review**, v. 2, n. 1, p. 25–57, 2009, p. 53 (sugerindo que a cultura de negociação entre empresas e autoridade concorrencial nos EUA e na EU tende a reduzir a clareza e a previsibilidade das decisões em controle de concentrações). Para uma crítica específica aos remédios aplicados via negociação nos *consent decrees* norte-americanos, cf. EPSTEIN, Richard A., **Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less Is More**, Washington, DC: AEI Press, 2007.

¹³⁹ Quanto aos aspectos jurídicos da legitimidade regulatória, as possíveis consequências de uma violação do dever de motivar – e.g., relativas à invalidade de atos administrativos – tornam-se menos importantes neste trabalho. De fato, o que enfrentamos aqui é a questão sobre como justificar argumentativamente uma mudança na atuação do CADE que levou o antitruste brasileiro a se distanciar da regulação dos mercados de trabalho. Tomamos esse redirecionamento da política concorrencial, portanto, como definitivo, buscando avaliar criticamente como argumentos produzidos pela AED poderiam sustentar essa escolha de implementação. Mais ainda, nosso menor interesse em analisar eventuais violações do dever de motivar pelo Conselho explica-se pela tendência, em análises doutrinárias desse tipo, de se argumentar a partir de normas pré-definidas, já reconhecidas pelos participantes da discussão jurídica. Embora essa forma de argumentação seja corrente na prática do direito, nosso maior interesse são os argumentos jurídicos consequencialistas, cuja estrutura lógica, como veremos no Capítulo IV, é necessariamente distinta. Sobre argumentos baseados em regras e argumentos prático-consequencialistas no direito, ver WALTON, Douglas N., **Legal Argumentation and Evidence**, University Park: Pennsylvania State University Press, 2002, p. 39 e 56.

Para que possamos entender esse ponto, valemo-nos agora das categorias analíticas utilizadas na avaliação dos processos de implementação de políticas públicas.¹⁴⁰ Seguindo nessa abordagem, a definição do produto regulatório (*regulatory outputs*) das agências envolveria não apenas decisões individuais e normas administrativas gerais, mas também aquilo que se poderia chamar de “*general transitive goals*.”¹⁴¹ Dentre esses produtos regulatórios, estariam incluídos os objetivos da legislação que estatui determinada política e, mais ainda, as declarações dos dirigentes das agências quanto às suas intenções sobre como implementá-los concretamente.¹⁴²

Essa mesma abordagem nos mostra que a implementação bem sucedida de uma política regulatória depende do apoio de certas instituições estatais – denominadas soberanas (*sovereign*) no jargão do *policy studies* – capazes de controlar os recursos jurídicos e financeiros de que as agências reguladoras dispõem.¹⁴³ Considerando a ideia de recursos jurídicos, pode-se entender por que uma atitude não cooperativa por parte dos soberanos do regulador (e.g. parlamentos, chefes de governo, tribunais) pode prejudicar a implementação de políticas regulatórias, criando conflitos relativamente aos fins a serem perseguidos pelas agências. Tribunais, em particular, quando se opõem aos objetivos de política pública reconhecidos pelos reguladores, podem afetar o processo de implementação ao decidir casos relevantes partindo de uma interpretação divergente da legislação sobre a qual a regulação está fundada.¹⁴⁴

Dito isso, retornemos agora ao antitruste brasileiro. Valendo-nos do arcabouço analítico apresentado acima, percebemos que, ao excluir imotivadamente as medidas de emprego de seu repertório de remédios antitruste, o CADE criou certa ambiguidade em seu

¹⁴⁰ Ver SABATIER, Paul; MAZMANIAN, Daniel, The Implementation of Public Policy: A Framework of Analysis, **Policy Studies Journal**, v. 8, n. 4, p. 538–560, 1980. Deve-se esclarecer desde logo que esse arcabouço conceitual, embora clássico na literatura, volta-se somente a uma análise *top-down* de políticas públicas. Embora se reconheçam as limitações dessa abordagem quando comparada a análises *bottom-up*, a proposta de Sabatier e Mazmanian mostra-se útil ao menos para os fins deste trabalho. Isso porque seu arcabouço analítico nos permite demonstrar como, e.g., decisões contraditórias de uma agência administrativa poderiam prejudicar a implementação da política regulatória. O que, por sua vez, reforça nossa posição quanto à relevância atual da problemática resultante da descontinuidade na aplicação de medidas de emprego como remédios antitruste em controle de concentrações.

¹⁴¹ SABATIER, Paul A., Regulatory Policy-making: Toward a Framework of Analysis, **Natural Resources Journal**, v. 17, p. 415, 1977, p. 420.

¹⁴² De fato, nas agências norte-americanas, por exemplo, a implementação de políticas públicas a partir de vias administrativas informais, como declarações de objetivos e outras comunicações oficiais, é prática comum na atividade regulatória. Cf., e.g., JR, William Eskridge *et al*, **Cases and Materials on Legislation and Regulation: Statutes and the Creation of Public Policy**, 5. ed. St. Paul West Academic Publishing, 2014, p. 973.

¹⁴³ Ver SABATIER; MAZMANIAN, The Implementation of Public Policy, p. 551.

¹⁴⁴ Ver SABATIER, Paul; MAZMANIAN, Daniel, The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives, **Policy Analysis**, v. 5, n. 4, p. 481–504, 1979, p. 499.

produto regulatório. Isso ocorreu porque o próprio Conselho já havia declarado, em documentos oficiais anteriores, que preocupações com o nível de emprego seriam, em alguma medida, relevantes em processos de controle de concentrações.

Mais ainda, essa inconsistência decisória parece agravar o risco institucional de que políticas públicas externas à legislação concorrencial possam prejudicar a concretização dos objetivos regulatórios perseguidos pela autoridade antitruste.¹⁴⁵ Isso significa que a inconsistência na ação administrativa do Conselho, quanto a possíveis sobreposições entre regulação dos mercados consumidores e dos mercados de trabalho, cria condições para que políticas conformadas na legislação trabalhista possam afetar a implementação do antitruste nos dias de hoje.¹⁴⁶ Vejamos dois exemplos recentes para ilustrar nossa afirmação acima.

Em 2012, no caso *Gol/Webjet*,¹⁴⁷ o CADE analisou uma operação de aquisição entre duas companhias aéreas atuantes no mercado brasileiro. Apesar das possíveis eficiências resultantes, o Conselho concluiu que esse ato de concentração poderia restringir a concorrência em diversos mercados relevantes. Por isso, como condicionantes para sua aprovação, determinou que certos remédios antitruste fossem adotados de modo a proteger os consumidores frente ao poder de mercado que se constituiria com a operação.¹⁴⁸ Consumado o ato de concentração, já após o atendimento das condições estabelecidas pelo Conselho, 50% dos empregados da empresa adquirida na operação foram dispensados.¹⁴⁹

Em resposta à demissão coletiva, o Ministério Público do Trabalho (“MPT”) promoveu ação civil pública contra as companhias aéreas, alegando que as dispensas teriam sido abusivas por impor aos empregados a extinção de seus contratos de trabalho sem intermediação sindical. A demanda desenvolveu-se até o nível recursal, no qual o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região reconheceu que a dispensa dos funcionários da Webjet ocorrera em violação ao direito do trabalho.¹⁵⁰ Ao motivar sua decisão, o tribunal declarou também – embora não como fundamento jurídico determinante – que a

¹⁴⁵ Cf. SABATIER; MAZMANIAN, *The Implementation of Public Policy*, p. 552 (explicando que a implementação da política regulatória pelas agências é frequentemente afetada por objetivos relativos a outras políticas públicas).

¹⁴⁶ Vale destacar os limites dessa afirmação: sugerimos aqui a existência de um *risco* de conflito institucional entre o CADE e as autoridades responsáveis pela aplicação da legislação trabalhista. Essa eventualidade, parece-nos, já torna o problema que enfrentamos neste trabalho suficientemente relevante.

¹⁴⁷ AC 08012.008378/2011-95.

¹⁴⁸ Cf. AC 08012.008378/2011-95.

¹⁴⁹ Ver G1, **Gol Anuncia Fim da Webjet e Desligamento de 850 Funcionários**, disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/11/gol-anuncia-fim-da-webjet-e-desligamento-de-850-funcionarios.html>>, acesso em: 14 out. 2015.

¹⁵⁰ Ver RO ACP 0001618-39.2012.5.01.0023.

proteção aos trabalhadores contra demissão coletiva seria uma condição implícita para a aprovação de atos de concentração.¹⁵¹ Isso significa que, a despeito do conteúdo dos remédios definidos pelo CADE, a leitura da legislação concorrencial pelos tribunais trabalhistas acabaria sempre submetendo a regulação antitruste aos objetivos específicos do direito do trabalho.

Um segundo exemplo é o caso *Fisher/Citrovita*, no qual o CADE analisou uma concentração econômica entre duas grandes empresas processadoras de sucos de laranja.¹⁵² A operação foi considerada anticompetitiva, na medida em que poderia restringir a concorrência no lado da demanda em mercados de frutas *in natura*. Por isso, o Conselho decidiu em 2011 pela aprovação condicional desse ato de concentração, aplicando remédios antitruste para conter os efeitos do poder de mercado sobre produtores de laranja, protegendo indiretamente os consumidores finais. Após o processo de controle de concentrações, todavia, uma das unidades de processamento adquiridas foi fechada como medida de reorganização empresarial, o que teria causado a dispensa de 173 empregados.¹⁵³

Desta vez, o MPT reagiu à demissão coletiva instaurando um inquérito civil, a fim de determinar eventual responsabilidade do CADE por dispensas resultantes de operações aprovadas via controle de concentrações.¹⁵⁴ Sob a alegação de que o Conselho não estaria cooperando com a condução das investigações, a Procuradoria do Trabalho promoveu também ação cautelar, requerendo acesso integral aos autos dos processos de controle concentrações julgados desde 2003. Mais ainda, diante do suposto descumprimento de pedidos anteriores para exibição de documentos, o MPT requisitou às autoridades policiais a apuração de eventual crime de desobediência imputável aos dirigentes do CADE.¹⁵⁵ A depender das conclusões do inquérito civil, o MPT poderia buscar a responsabilização do Conselho mediante ação civil pública, questionando perante os tribunais trabalhistas a própria legitimidade da regulação antitruste.

Vale destacar que, em ambos os exemplos acima, não se trata de casos típicos de controle judicial de atos da Administração Pública, nos quais os tribunais analisam a

¹⁵¹ Ver voto do Relator no RO ACP 0001618-39.2012.5.01.0023, p. 20.

¹⁵² AC 08012. 005889/2010-74.

¹⁵³ Ver PORTO, Gustavo, **Citrovita Fecha Unidade de Matão, Interior de São Paulo**, Estadão, disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,citrovita-fecha-unidade-de-matao-interior-de-sao-paulo,104529e>>, acesso em: 14 mar. 2015.

¹⁵⁴ Ver SCOCUGLIA, Livia, **MPT Processa Cade por Não Entregar Documentos em Inquérito**, Consultor Jurídico, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/mpt-processa-cade-negar-documentos-apuracao-dispensa-massa>>, acesso em: 14 mar. 2015.

¹⁵⁵ Ver *Ibid.*

regularidade das políticas regulatórias implementadas por agências e outros entes administrativos. No Brasil, a competência da Justiça do Trabalho envolve principalmente demandas relativas a vínculos de emprego e atividades sindicais, tais como negociações coletivas e exercícios do direito de greve.¹⁵⁶ Não se reconhece, todavia, que os tribunais trabalhistas sejam competentes para revisar a legalidade de decisões tomadas pela autoridade concorrencial.¹⁵⁷

Seja como for, parece que eventuais disputas interpretativas entre o CADE, o Judiciário Trabalhista e o MPT, acerca do escopo do regime de defesa da concorrência, caso se concretizem, poderiam afetar a forma como o antitruste brasileiro é hoje implementado. Retomando o arcabouço analítico do *policy studies*, podemos perceber que conflitos institucionais, como os descritos acima, tendem a criar falhas de implementação equivalentes às situações de escassez de recursos jurídicos, tais como aquelas resultantes da falta de apoio dos soberanos do regulador. Com essa conclusão, reforça-se a necessidade de um tratamento ao problema que enfrentamos aqui, viz., a falta de transparência na atuação do Conselho quanto ao abandono de suas preocupações com nível de emprego.

¹⁵⁶ Ver Constituição Federal, art. 114; e Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), art. 643 e ss. O Judiciário Trabalhista é competente, todavia, para apreciar a legalidade dos atos de autoridades administrativas responsáveis pela fiscalização das relações de trabalho, tais como delegados regionais e auditores-fiscais do trabalho.

¹⁵⁷ Para uma análise sobre os limites da competência da Justiça do Trabalho, cf., e.g., NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Capítulo XI.

III. JUSTIFICATIVAS DE POLÍTICA PÚBLICA NA AÇÃO ANTITRUSTE

No Capítulo II, identificamos uma escolha tácita no antitruste brasileiro que interrompeu a utilização de medidas de emprego em processos de controle de concentrações. Vimos que a ausência de uma justificativa de política pública para essa opção interpretativa do CADE, já no final dos anos 90, poderia afetar a legitimidade e a implementação do antitruste atual. Diante da inexistência de razões explícitas para restringir a ação antitruste sobre os mercados de trabalho, propomos neste capítulo um possível argumento jurídico em defesa desse redirecionamento da política concorrencial. Para tanto, começamos com uma análise doutrinária e uma breve revisão dos fundamentos econômicos do antitruste, voltando-nos então aos critérios para a aplicação de remédios antitruste. Em seguida, reformulamos o argumento proposto, dando-lhe o formato de uma justificativa de natureza consequencialista, produzida a partir da AED.

3.1 Argumentação na justificativa de decisões antitruste

Já que nosso problema é a falta de motivação para a descontinuidade das medidas de emprego, precisamos responder à questão sobre como o CADE deveria justificar hoje essa particular mudança na regulação antitruste. Naturalmente, uma tentativa de resposta a essa pergunta poderia ser obtida a partir de diferentes abordagens metodológicas. A primeira delas consistiria em investigar se a política concorrencial é a via mais adequada para a promoção de valores econômicos (e.g. eficiência), ao invés de valores distributivos ou outros objetivos de interesse público (e.g. proteção ao trabalho). Se se reconhecer que o antitruste admite, em alguma medida, funções distributivas, poder-se-ia analisar, em seguida, quais agentes (e.g. consumidores, produtores, trabalhadores) deveriam ser beneficiados com uma maior parcela da riqueza social, entendida aqui como excedente econômico gerado em mercados sujeitos à regulação antitruste.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Seguindo essa abordagem teórica, cf., e.g., KAPLOW, Louis, On the Choice of Welfare Standards in Competition Law, *in*: ZIMMER, Daniel (Org.), **The Goals of Competition Law**, Northampton: Edward Elgar, 2012; SALOP, Steven C., Question: what is the real and proper antitrust welfare standard-answer: the true consumer welfare standard, **Loyola Consumer Law Review**, v. 22, p. 336–353, 2010.; FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L., The Economics of Welfare Standards in Antitrust, **Competition Policy International (CPI)**, v. 2, n. 2, 2006; HEYER, Ken, Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best?, **Competition Policy International**, v. 2, n. 2, 2006; SCHERER, Frederic M., Efficiency, Fairness, and the Early Contributions of Economists to the Antitrust Debate, **Washburn Law Journal**, v. 29, p. 243 –

A segunda possível abordagem à pergunta acima seria uma análise voltada à interpretação da legislação concorrencial. Essa investigação buscaria determinar como a autoridade antitruste constrói o sentido das normas concorrenciais, considerando, e.g., o texto de lei, a história legislativa, princípios constitucionais, para então contrastar esses fatores com os fundamentos econômicos da defesa da concorrência.¹⁵⁹ Mais ainda, ao enfrentar aspectos da interpretação jurídica, essa análise poderia desdobrar-se para alcançar também debates sobre moralidade pública acerca da legitimidade e dos diferentes papéis desempenhados pelos atores institucionais envolvidos na formulação de políticas públicas.¹⁶⁰

Entretanto, embora análises teóricas e doutrinárias, como aquelas referidas há pouco, sejam relevantes na literatura antitruste, ambas parecem incapazes de apresentar uma resposta completa à pergunta sobre como o CADE deveria justificar um redirecionamento na política concorrencial. É certo que as abordagens acima oferecem critérios para uma avaliação substantiva do antitruste em termos de eficiência ou licitude. Essas análises, todavia, não poderiam determinar como decisões, economicamente eficientes e lícitas, seriam corretamente justificadas a partir de argumentos jurídicos.

Por esse motivo, escolhemos essa terceira abordagem para responder à questão prática enfrentada neste trabalho. Nossa proposta, portanto, oferece uma análise normativa de argumentos que justificariam a decisão de descontinuar as medidas de emprego no controle de concentrações. Isso quer dizer que justificativas de política pública para tal mudança na ação administrativa do CADE, ainda que hipotéticas, serão analisadas enquanto forma de argumentação. De todo modo, disputas teórico-doutrinárias sobre os objetivos e conteúdo do direito concorrencial precisam ser resolvidas ao menos para os fins deste trabalho. Por isso, adotamos certos pressupostos, sem os quais uma análise

255, 1989; LANDE, Robert H., The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust, **Antitrust Bulletin**, v. 33, p. 429–465, 1988.; BRODLEY, Joseph F., The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress, **New York University Law Review**, v. 62, p. 1020–1053, 1987.; e BORK, Robert H.; BOWMAN, Ward S., Goals of Antitrust: a dialogue on policy, **Columbia Law Review**, v. 65, n. 3, p. 363–376, 1965.

¹⁵⁹ Seguindo essa abordagem doutrinária, cf., e.g., TOWNLEY, Christopher, **Article 81 EC and Public Policy**, Oxford: Hart Publishing, 2009; ODUDU, Okeoghene, **The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81**, Oxford: Oxford University Press, 2006; FOX, Eleanor M., The Battle for the Soul of Antitrust, **California Law Review**, p. 917–923, 1987; HOVENKAMP, Herbert, Distributive Justice and the Antitrust Laws, **George Washington Law Review**, v. 51, p. 1–31, 1982; e PITOFISKY, Robert, The Political Content of Antitrust, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 1051–1075, 1979.

¹⁶⁰ Cf. RUBIN, Edward L., Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writing and Reading of Statutes, **New York University Law Review**, v. 66, p. 1, 1991, p. 52–53 (“[T]o generate any useful theory of interpretation, the interpreters need more than a description of the legislative process. They need a theory of the state, or at least a theory of the judicial role and its relationship to the legislature”) (notas omitidas).

argumentativa, relativamente a escolhas de implementação realizadas pelo Conselho, tornar-se-ia impossível.

Dito isso, supomos aqui que a política de defesa da concorrência no Brasil busque promover um conjunto de objetivos econômicos: mercados eficientes, o bem-estar dos consumidores e a inovação. Supomos também que o direito concorrencial permita que o CADE utilize-se, conforme sua discricionariedade, de medidas de emprego como remédio antitruste voltado especificamente aos mercados de trabalho. Embora sua escolha tenha sido deliberada, trata-se de suposições aceitáveis dentro de uma análise doutrinária, estando ambas em conformidade com teorias interpretativas já adotadas no direito brasileiro.¹⁶¹

Sobre a razoabilidade desses pressupostos, consideremos o seguinte: a suposição quanto aos objetivos econômicos do antitruste baseia-se em materiais jurídicos reconhecidos como típicas fontes do direito em análises doutrinárias:¹⁶² texto legislativo, decisões administrativas e documentos informativos.¹⁶³ O mesmo vale para a suposição sobre a competência do CADE relativa à utilização de medidas de emprego no regime de controle de concentrações. Qualificar essas medidas como um tipo legítimo de remédios antitruste, pelo qual se controlaria o impacto de operações anticompetitivas sobre os mercados de trabalho, não nos parece uma interpretação inconcebível quanto ao sentido da legislação concorrencial.¹⁶⁴

Como vimos no Capítulo II, o texto da Lei 8.884/94 referia-se expressamente a “variações do nível de emprego” como critério relevante para a definição de remédios via TCD. Mais ainda, ao lado dessa abordagem textual à interpretação jurídica, métodos interpretativos fundados no ideal de coerência interna do ordenamento permitem que

¹⁶¹ A referência clássica no direito brasileiro é Carlos Maximiliano, cujo tratado de hermenêutica datado de 1925 já incluía no processo de interpretação do direito os elementos filológico (e.g. texto legislativo), sistemático (e.g. princípios gerais), histórico (e.g. legislações revogadas) e jurisprudencial (e.g. acórdãos). Ver MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 106, 114 e 146.

¹⁶² Definimos fonte do direito como toda razão dotada de autoridade para justificar uma decisão jurídica. Nesse sentido, cf. PECZENIK, Aleksander, **Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law**, Dordrecht: Springer, 2005, p. 15 (“*One proffers an authority reason when supporting a certain legislative, judicial, or other decision by circumstances other than its content. All texts, practices, etc., that a lawyer must, should, or may proffer as authority reasons are sources of law*”) (notas omitidas).

¹⁶³ Como referência de material jurídico indicando os objetivos econômicos do direito concorrencial brasileiro, cf. e.g., Voto do Relator, AC 08012.004423/2009-18, p. 356; e Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, editado pela Portaria Conjunta SEA/SDE No. 50, de 1º de agosto de 2001, **Diário Oficial da União**, 17 ago. 2001.

¹⁶⁴ Cf., e.g., SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial**, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119 (“[N]ão há como se entender que [os ACC] não devam incluir os interesses dos trabalhadores. Sua consideração era e continua necessária, pelos impactos de tais operações no mercado de trabalho”) (notas omitidas).

lacunas no texto legislativo sejam preenchidas pelo conteúdo normativo de cláusulas constitucionais subjacentes a um regime jurídico ou objetivo de política pública. Isso significa que, a despeito da ausência de previsão na Lei 12.529/2011 sobre o desenho dos remédios antitruste, certos princípios extraídos da Constituição Federal, tais como o valor social do trabalho (art. 170, caput), ou a promoção do pleno emprego (art. 170, IV), poderiam constituir a base jurídica para a aplicação de medidas de emprego em processos de controle de concentrações.¹⁶⁵

É claro que normas jurídicas construídas a partir de métodos de interpretação textual ou sistemática,¹⁶⁶ como referido acima, não estão isentas de críticas. Entretanto, dados os fins deste trabalho, é suficiente que aquelas interpretações sejam tomadas pela comunidade jurídica como uma leitura *possível* da legislação concorrencial. Como essas suposições interpretativas tornam-se condição para a análise do objeto desta pesquisa, elas integram também nosso arcabouço teórico,¹⁶⁷ permitindo que nos concentremos em uma única perspectiva das decisões antitruste: sua justificativa argumentativa. Partindo desses

¹⁶⁵ Cf., e.g., TOWNLEY, Christopher; CARDINALI, Adriana, A Utilização dos Precedentes da União Europeia no Direito Concorrencial Brasileiro, in: RODAS, João G. (Org.), **Direito Econômico e Social - Atualidades e Reflexões sobre Direito Concorrencial, do Consumidor, do Trabalho e Tributário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 160 (“Os dispositivos legais não podem ser interpretados isoladamente, a ponderação, no caso concreto, deve levar em consideração os *princípios constitucionais* e a análise da Lei n. 12.529/11 de acordo com suas finalidades, como um todo”) (destaque nosso).

¹⁶⁶ Tal como Alexy, consideramos que os chamados “métodos de interpretação” são formas de argumentação utilizadas na produção de um discurso prático sobre o direito. Ver ALEXY, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, p. 181. De modo similar, destacando a vinculação da dogmática hermenêutica à decidibilidade de conflitos, cf. FERRAZ JR., **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 286.

¹⁶⁷ De fato, não há grande diferença entre nossas suposições interpretativas e as hipóteses sobre a validade e o sentido de normas jurídicas, comumente formuladas no início de análises doutrinárias, cf. HOECKE, Mark van, Legal doctrine: Which Method(s) for What Kind of discipline?, in: HOECKE, Mark van (Org.), **Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?**, Oxford; Portland, Or: Hart, 2011, p. 14. É assim porque toda análise doutrinária pressupõe, ainda que implicitamente, uma teoria geral das fontes e da interpretação do direito, cf. PECZENIK, **Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law**, p. 3. Isso implica que as normas e os conceitos derivados do direito acabam constituindo, ainda que parcialmente, o arcabouço teórico para a pesquisa jurídica normativa. Cf. VAN ROERMUND, Bert, Theory and Object in Law: the Case for Legal Scholarship as Indirect Speech, in: VAN HOECKE, Mark (Org.), **Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?**, Oxford: Hart, 2011, p. 280 (“[L]egal scholarship feeds on the categories of the legal order, but not in the sense that these pre-determine the categories of legal scholarship”). Se um jurista, e.g., ao longo de sua pesquisa, propõe uma dada interpretação a um texto legislativo, avançando assim argumentos interpretativos em defesa de sua tese, ele terá adotado, necessariamente, pressupostos teóricos sobre a validade da legislação objeto de análise. No presente trabalho, nosso arcabouço teórico inclui não apenas suposições quanto à validade da legislação concorrencial brasileira, mas também quanto à sua própria interpretação. Cf. LOPES, Regla y Compás, o Metodología para una Trabajo Jurídico Sensato, p. 59–60 (“[E]s posible que se desee demostrar que la manera en que están construídas ciertas normas jurídicas, o el modo en que son aplicadas, producen resultados absurdos, es decir, contradictorios, inesperados o simplemente injustos. (...) [Y] en este caso el supuesto es (...) que la doctrina y la jurisprudencia dan a ciertos casos soluciones que se pretende refutar”). Isso, por sua vez, torna-se condição para uma análise de argumentos consequentialistas voltados aos efeitos dos diferentes sentidos (possíveis) das normas concorrenciais.

pressupostos, seguiremos para uma breve análise da doutrina e dos fundamentos econômicos do regime de controle de concentrações. Com isso, conseguiremos formular um argumento jurídico que justificaria a exclusão das medidas de emprego do repertório de remédios antitruste no Brasil.

3.2 Controle de concentrações e remédios antitruste no Brasil

Começamos aqui com a análise das normas que regulam as concentrações econômicas sujeitas à jurisdição concorrencial do CADE, segundo a Lei 12.529/2011. Como as medidas de emprego foram utilizadas em atos de concentração julgados durante a vigência da antiga Lei 8.884/94, também mencionaremos as disposições relevantes dessa legislação, bem como casos antitruste decididos sob sua vigência. Dessa forma, poderemos comparar os critérios jurídicos adotados pelo Conselho na aplicação de remédios antitruste e, particularmente, das medidas de emprego.

No regime brasileiro de controle de concentrações, transações empresariais são consideradas potencialmente anticompetitivas e, portanto, sujeitas à análise antitruste, caso as empresas-parte atinjam, cada uma delas, determinados valores de faturamento estabelecidos em lei.¹⁶⁸ Os atos de concentração sujeitos à notificação obrigatória são analisados segundo um procedimento administrativo específico, no qual os requisitos gerais para sua aprovação são verificados. Como regra geral, operações que eliminem a concorrência em parte substancial dos mercados relevantes, criem ou reforcem posição dominante, ou gerem dominação de mercados, são proibidas.¹⁶⁹ Excepcionalmente, caso se verifiquem, cumulativamente, certas justificativas definidas pela legislação concorrencial, o Conselho poderá aprovar condicionalmente atos de concentração anticompetitivos.¹⁷⁰

Em síntese, a aprovação em controle de concentrações no direito concorrencial brasileiro poderá ser concedida à operação sob análise que: (i) não restrinja substancialmente a concorrência; ou, ocorrendo tais restrições, haja (ii) eficiências compensatórias específicas¹⁷¹ (iii) cuja realização não seja alcançada por meios menos

¹⁶⁸ Esse critério de notificação é baseado no faturamento (bruto) anual de todo o grupo societário que as empresas-parte eventualmente integrem. *Ver* Lei 12.529/2011, art. 88, I e II. Os valores atualizados de faturamento foram definidos em 2012 conjuntamente pelo Ministério de Justiça e da Fazenda. *Ver* Portaria Interministerial MJ/MF No. 994, de 30 de maio de 2012, **Diário Oficial da União**, 31 maio 2012.

¹⁶⁹ *Ver* Lei 12.529/2011, art. 88, §5º.

¹⁷⁰ *Ver* Lei 12.529/2011, art. 88, §6º.

¹⁷¹ O que chamamos aqui de eficiências compensatórias incluem também, de acordo com o texto da legislação concorrencial, a promoção de objetivos como: (i) “aumentar a produtividade ou a

restritivos, (iv) podendo ser repassadas, em alguma medida, aos consumidores. A reforma legislativa de 2011, embora tenha instituído um sistema de notificação antecipada de atos de concentração, não alterou a essência dos critérios de análise concorrencial estabelecidos pela Lei 8.884/94.¹⁷²

A observância dos requisitos acima pode ser obtida mediante a aplicação de remédios antitruste – impostos unilateralmente pelo CADE ou mediante negociação com as empresas-parte –, mitigando possíveis prejuízos à concorrência, permitindo assim a aprovação do ato de concentração.¹⁷³ A Lei 12.529/2011, contudo, não prevê regras substantivas sobre como esses remédios podem ser negociados ao longo de processos de controle de concentração.¹⁷⁴ A Lei 8.884/94, de modo similar, também não dispunha detalhadamente sobre o desenho dos remédios antitruste. Essa legislação oferecia apenas parâmetros gerais, determinando que as medidas aplicáveis a operações sob análise deveriam incluir metas quantitativas e/ou qualitativas, cujo atendimento seria devido pelas empresas-parte.¹⁷⁵

Sabemos, todavia, conforme exposto no Capítulo II, que a Lei 8.884/94 fazia referência expressa a variações do nível de emprego como critério relevante para a definição de remédios antitruste. Contudo, mesmo durante a vigência daquela lei, havia uma escassez de precedentes, e outros materiais jurídicos, com o que se poderia identificar como o CADE interpretava as disposições sobre nível de emprego. Além das declarações apresentadas no Relatório Anual de 1996,¹⁷⁶ nas quais aquelas disposições da Lei 8.884/94 eram tomadas como fundamento para programas de qualificação e recolocação profissional, parece haver apenas uma decisão antitruste relacionando preocupações com nível de emprego e os requisitos gerais para aprovação de atos de concentração.

competitividade”; (ii) “melhorar a qualidade de bens ou serviços”; e (iii) “propiciar (...) o desenvolvimento tecnológico ou econômico.” *Ver* Lei 12.529/2011, art. 88, §6º, I.

¹⁷² *Ver* Lei 8.884/94, art. 54.

¹⁷³ *Ver* PROENÇA, José Marcelo M., Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo CADE, *in*: GILBERTO, André M.; CAMPILONGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.), **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**, São Paulo: Singular, 2011, p. 274.

¹⁷⁴ De fato, a definição de remédios via ACC estaria disciplinada no art. 92 da Lei 12.529/2011. Esse dispositivo, contudo, foi objeto de veto presidencial, sob justificativa de que sua redação poderia limitar indevidamente o uso desse instrumento apenas à fase instrutória dos processos de controle de concentrações. Os ACC foram posteriormente regulamentados pelo CADE no art. 125 da Resolução No. 1, de 29 de maio de 2012, **Diário Oficial da União**, 31 maio 2012. Contudo, tanto o texto de lei vetado pela Presidência quanto o Regimento do CADE não trazem regras substantivas sobre o desenho dos remédios antitruste.

¹⁷⁵ *Ver* Lei 8.884/94 1994, art. 58, §2º (revogada).

¹⁷⁶ *Ver* nota 123 acima.

Trata-se, em questão, do caso *Ultrafétil/Fosfétil*,¹⁷⁷ decisão de 1997, na qual o Conselho declarou que as disposições legais sobre nível de emprego deveriam ser interpretadas restritivamente, de modo a se compatibilizarem com os objetivos da política concorrencial. Nesse sentido, preocupações quanto aos possíveis impactos de uma concentração empresarial sobre os mercados de trabalho teriam duas implicações para o desenho dos remédios antitruste. Em primeiro lugar, o CADE deveria evitar a adoção de remédios que possam gerar desemprego. Em segundo, sendo provável que a operação sob análise conduza a reduções na força de trabalho das empresas-parte, eventuais demissões deverão ser necessariamente justificadas como resultado das eficiências obtidas por meio do ato de concentração.¹⁷⁸

No mesmo caso, o Conselho afirmou ainda, quanto à implementação de programas de qualificação/recolocação profissional pelas empresas-parte, que a simples adoção de tais medidas não poderia ser considerada condição suficiente para aprovação de atos de concentração restritivos à concorrência. De fato, esses programas deveriam ser adotados apenas como medidas subsidiárias aos remédios antitruste gerais, i.e., aqueles voltados à concretização dos requisitos para a aprovação de concentrações econômicas.¹⁷⁹ Isso significaria ainda, como decorrência lógica de *Ultrafétil/Fosfétil*, que, a despeito de eventuais efeitos de uma operação sobre o nível de emprego, seu impacto nos mercados de trabalho não poderia justificar, por si só, a aplicação de remédios antitruste. Em outras palavras, enquanto o bem-estar dos consumidores parece ser a principal preocupação do direito concorrencial brasileiro, a proteção do bem-estar dos trabalhadores nunca seria um fator independente na análise antitruste de atos de concentração.

Naturalmente, para que se pudessem preencher as lacunas em ambas as legislações concorrenciais, critérios decisórios sobre remédios antitruste foram formulados pelo CADE. E tal como ocorre em outras jurisdições, a aprovação condicional de atos de concentração no Brasil é considerada preferível à sua completa reprovação.¹⁸⁰ No caso *Fischer/Citrovita*,¹⁸¹ decidido ainda na vigência da Lei 8.884/04, o Conselho declarou que, antes de decidir pela proibição de uma operação restritiva à concorrência, é necessário

¹⁷⁷ AC 2/1994.

¹⁷⁸ Ver voto do Relator no AC 2/1994, p. 24.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 25.

¹⁸⁰ Cf. FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria M. da, Remédios em Fusões, in: GILBERTO, André M.; CAMPILONGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.), **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**, São Paulo: Singular, 2011, p. 224 (afirmando, a partir de *guidelines* estrangeiras, que “a aprovação de uma fusão com condicionantes – em vez de sua mera reprovação – apoia-se na ideia de que as fusões também geram eficiências”).

¹⁸¹ AC 08012. 005889/2010-74.

verificar se seus efeitos poderiam ser neutralizados por meio de remédios antitruste.¹⁸² A preferência por aprovações condicionais seria justificável, porque, ao se reprovar uma concentração empresarial, poder-se-ia, na tentativa de preservar a concorrência, impedir a realização de eficiências relevantes.¹⁸³

Ainda sob a Lei 8.884/94, o Conselho afirmou em *Sadia/Perdigão*¹⁸⁴ que remédios antitruste, se corretamente aplicados, devem maximizar os benefícios decorrentes de um ato de concentração, impondo o mínimo possível de prejuízos às empresas-parte e à coletividade.¹⁸⁵ As condicionantes para a aprovação de operações anticompetitivas, nesse sentido, deveriam ser estabelecidas de modo que aquelas medidas fossem proporcionais aos efeitos restritivos da concentração sob análise. Tal como em *Rumo/ALL*,¹⁸⁶ decidido na vigência da atual Lei 12.529/2011, o critério empregado em casos recentes parece assumir a estrutura de um *princípio da proporcionalidade*,¹⁸⁷ utilizado pelo CADE como fórmula doutrinária que testa a adequação, necessidade e eficácia de remédios propostos.¹⁸⁸

O racional de um teste de proporcionalidade para aprovação condicional de atos de concentração é a necessidade de que remédios antitruste possuam um desenho ótimo, certificando-se assim de que eventuais danos impostos à sociedade, em decorrência de sua aplicação, sejam reduzidos ao máximo. Essas preocupações com o custo social de remédios antitruste tornam-se especialmente relevantes em casos concretos, nos quais o CADE precisa decidir se medidas comportamentais, estruturais, ou de uma combinação de ambas, são mais adequadas para neutralizar o impacto de operações anticompetitivas.¹⁸⁹

Ao vincular o resultado desse teste de proporcionalidade à minimização do custo social, o regime de remédios no direto concorrencial parece garantir que sua adoção não

¹⁸² Ver Voto do Relator, AC 08012.005889/2010-74, p. 58-9.

¹⁸³ Ver Voto do Relator, AC 08012.004423/2009-18, p. 356.

¹⁸⁴ AC 08012.004423/2009-18.

¹⁸⁵ Ver Voto do Relator, AC 08012.004423/2009-18, p. 356.

¹⁸⁶ Ato de Concentração No. 08700.005719/2014-65 (Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.), Relator: Cons. Gilvandro de Araujo, j. 02 nov. 2015.

¹⁸⁷ Ver Voto do Relator, AC 08012.004423/2009-18, p. 356. Também nesse sentido, cf. HJELMENG, Erling, *Competition Law Remedies: Striving for Coherence or Finding New Ways?*, **Common Market Law Review**, v. 50, n. 4, p. 1007–1037, 2013, p. 1009 (explicando que a EU adota um princípio da proporcionalidade na definição de remédios antitruste).

¹⁸⁸ Ver Voto do Cons. Relator, AC 08700.005719/2014-65, p. 59-60. Ver também Voto do Relator, Ato de Concentração No. 8700.004065/2012-91 (Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. e outros), Relator: Cons. Ana Frazão, j. 02 abr. 2014, p. 133; Voto do Relator, Ato de Concentração No. 08700.005447/2013-12 (Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Participações S.A.), Relator: Cons. Ana Frazão, j. 14 maio 2014, p. 363 e 366.

¹⁸⁹ Ver Voto do Cons. Relator, AC 08700.005447/2013-12, p. 362-3. Sobre “proporcionalidade” e “baixo custo”, enquanto fatores relevantes no desenho de remédios antitruste, cf. FAGUNDES; ROCHA, Remédios em Fusões, p. 223.

prejudicará a eficiência dos mercados sujeitos à regulação antitruste.¹⁹⁰ Supondo, como fazemos aqui, que as medidas de emprego poderiam ser aplicadas pelo CADE como um tipo especial de remédio, identificamos desde já uma justificativa para a escolha de descontinuí-los: sua utilização em processo de controle de concentração seria economicamente ineficiente. Contudo, antes de nos aprofundarmos nessa possível justificativa de política pública, nossa análise doutrinária deve ser complementada por uma breve revisão dos fundamentos econômicos do direito concorrencial. Dessa forma, poderemos verificar se há de fato uma racionalidade antitruste na aplicação de medidas de emprego em operações anticompetitivas.

3.3 A racionalidade antitruste das medidas de emprego

A política de defesa da concorrência, como se supõe, funda-se no reconhecimento de que há vantagens comparativas em se estruturar o sistema produtivo na forma de uma economia de mercado. Nesse sentido, entende-se que mercados competitivos funcionam melhor e beneficiam a sociedade de um modo bastante particular: gerando bem-estar e evitando o desperdício de recursos. O conceito de *eficiência alocativa* poderia ser entendido como a expressão dos benefícios da competição nos mercados.¹⁹¹ Em livre concorrência, os preços, definidos conforme os padrões de oferta e demanda, funcionariam como um mecanismo pelo qual recursos escassos são racionados, orientando sua alocação aos indivíduos (e.g. produtores e consumidores) que mais os valorizam.¹⁹²

Ignorando-se as dificuldades práticas relacionadas às *dotações iniciais*, i.e., desconsiderando-se o fato de que nem todos os consumidores possuem o mesmo poder de compra,¹⁹³ a livre concorrência garantiria que os bens mais desejados fossem produzidos e

¹⁹⁰ Cf. PAGE, William H., Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis, in: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Org.), **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, Oxford: OUP, 2015, v. 1, p. 255. (“[B]oth courts and commentators have recognized that, even if private conduct reduces efficiency in a relevant sense, antitrust law should intervene to provide a remedy only if (and to the extent) doing so would improve efficiency”).

¹⁹¹ A implicação entre mercados competitivos e eficiência alocativa, dadas certas condicionantes econômicas, é decorrência do chamado Primeiro Teorema do Bem-estar. Ver NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher, **Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions**, Mason: Thomson South-Western, 2008, p. 471.

¹⁹² Sobre a relação entre sistema de preços e racionamento, ver MANKIW, N. Gregory, **Principles of Economics**, 6. ed. Mason: Cengage Learning, 2011, p. 84. A ideia de que, em economias de mercado, os preços funcionam como mecanismo de racionamento de recursos escassos é quase simplista (daí sua menção no livro-texto básico de Mankiw). Porém, continua sendo uma imagem extremamente útil quando se comparam os modelos de concorrência perfeita e imperfeita.

¹⁹³ A eficiência econômica obtida pelo correto funcionamento de mercados competitivos não tem implicações necessárias sobre a forma como os recursos são distribuídos. Em outras palavras, a melhor alocação não será,

vendidos àqueles consumidores que mais os desejam. Nos mercados competitivos, portanto, todos os consumidores – incluindo os produtores, que também consomem –, teriam acesso aos produtos e serviços que lhes garantiriam maior satisfação. Nessa situação, dizemos que há uma maximização do bem-estar, o que seria alcançado com o menor gasto possível de recursos (i.e. minimizando do custo social), já que os bens de maior utilidade são produzidos nas quantidades adequadas às necessidades dos consumidores.

As falhas próprias dos mercados no mundo real, contudo, impedem-nos de produzir resultados de máxima eficiência. Dentre essas falhas, destaca-se aqui, obviamente, o poder de mercado. Como se sabe, em situações como o monopólio ou o oligopólio, o número de participantes no mercado é tão reduzido que a competição entre eles torna-se impossível ou altamente improvável.¹⁹⁴ O monopolista – ou os oligopolistas, em conjunto – seria capaz de afetar os preços correntes, na medida em que a redução de sua produção influenciaria a oferta agregada de produtos e serviços nos mercados. Nesses casos, o sistema de preços perde sua função no racionamento de recursos escassos, tornando-se uma variável definida pelas empresas que passam a controlar a oferta.

O aumento lucrativo de preços, que o poder econômico possibilita, afeta diretamente o funcionamento dos mercados, gerando ineficiências em pelo menos dois sentidos.¹⁹⁵ Em primeiro lugar, o poder de mercado reduz o bem-estar social, já que o volume de produção será inferior àquele esperado em situações de concorrência. Isso significa que haverá consumidores que não terão acesso aos bens que desejam consumir, embora estivessem dispostos a pagar o preço praticado em mercados perfeitamente competitivos. Em segundo lugar, o poder de mercado induzirá parte dos consumidores a pagar um preço superior àquele que pagariam em situações de concorrência. Esse sobrepreço seria também uma forma de desperdício de recursos já que, ao invés de custear

necessariamente, a mais equitativa. Para uma conhecida crítica sobre o descolamento entre eficiência e distribuição, conforme estabelecido pelo Segundo Teorema do Bem-estar, ver SEN, Amartya K., *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, **Philosophy & Public Affairs**, v. 6, n. 4, p. 317–344, 1977.

¹⁹⁴ Na verdade, a estrutura do mercado, i.e., seu número participantes, não é um elemento suficiente para a existência de poder econômico. O determinante para o exercício do poder de mercado mediante, e.g., a elevação dos preços a um patamar superior àquele praticado em livre concorrência, é principalmente a presença de barreiras à entrada. Ver NICHOLSON; SNYDER, **Microeconomic Theory**, p. 491. De fato, são essas barreiras que impedem que, diante do sobrepreço praticado por um monopolista ideal, seus potenciais concorrentes ingressem no mercado monopolizado para também se aproveitarem do elevado preço pago pelos consumidores.

¹⁹⁵ Ver CHURCH, Jeffrey R.; WARE, Roger, **Industrial Organization: A Strategic Approach**, Boston: Irwin McGraw Hill, 2000, p. 33.

a produção ou remunerar o capital investido, torna-se simples lucro de monopólio, eventualmente utilizado para reforçar a posição dominante do produtor.¹⁹⁶

Há, todavia, um terceiro efeito do poder de mercado, ainda pouco considerado pela teoria econômica: a transferência compulsória de riqueza entre consumidores e produtores.¹⁹⁷ Em verdade, os deslocamentos de recursos poderiam ocorrer tanto entre consumidores e empresas, como entre essas empresas e seus empregados. De fato, são os efeitos do poder de econômico nos mercados de trabalho o que mais nos interessa aqui. No caso dos trabalhadores, o poder de mercado a que estariam sujeitos seria exercido no lado da demanda pelo fator trabalho, i.e., na contratação dos seus serviços pelas empresas. Se, diante dos consumidores ou compradores em geral o poder de mercado aproxima-se de uma situação de monopólio, diante dos trabalhadores esse poder aproxima-se de uma situação de *monopsônio*, representando assim um mercado dominado por apenas um comprador.¹⁹⁸

O exercício do *poder de monopsônio* afeta os mercados de trabalho da seguinte forma: (i) o número de trabalhadores contratados será reduzido, se comparado às contratações nos mercados de trabalho competitivos; e (ii) os salários pagos aos trabalhadores contratados serão comparativamente inferiores àqueles que receberiam em situação de concorrência.¹⁹⁹ Deve-se considerar, todavia, que as transferências de riqueza dos empregados para os empregadores ocorrem de maneira indireta, na medida em que aqueles, embora contribuam para a produção da empresa com sua força de trabalho, recebem uma remuneração proporcionalmente inferior à sua contribuição. Dito de outra forma, os efeitos distributivos desfavoráveis aos trabalhadores correspondem à parcela da remuneração que deixam de receber em mercados de trabalho não competitivos.²⁰⁰ É o que se poder chamar de *exploração monopsonista*.

Se considerarmos que o poder de monopsônio poderia resultar de concentrações anticompetitivas, as quais, portanto, gerariam perdas de eficiência e de bem-estar dos empregados das empresas-parte, podemos entender a racionalidade dos remédios aplicáveis a essas operações. Como contramedida, obrigações para manutenção do nível de

¹⁹⁶ Ver POSNER, Richard A., The Social Costs of Monopoly and Regulation, **Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, p. 807–827, 1975, p. 807.

¹⁹⁷ Ver BLAIR, Roger D; HARRISON, Jeffrey L, **Monopsony in Law and Economics**, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 45.

¹⁹⁸ Ver *Ibid.*, p. 41.

¹⁹⁹ Ver ASHENFELTER, Orley C.; FARBER, Henry; RANSOM, Michael R., Labor Market Monopsony, **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 203–210, 2010, p. 205.

²⁰⁰ Para uma análise clássica dos modelos de monopsônio nos mercados de trabalho, ver ROBINSON, Joan, **The Economics of Imperfect Competition**, 2. ed. London: Macmillan, 1969, p. 218.

emprego evitariam a redução nas contratações ou eventual dispensa coletiva, garantindo a eficiência alocativa nos mercados de trabalho afetados.²⁰¹ Paralelamente, as obrigações para a implementação de programas de qualificação e recolocação profissional tornariam os trabalhadores menos suscetíveis ao poder econômico da empresa empregadora ao lhes permitir maior mobilidade, i.e. possibilidade de ingressar em outros mercados de trabalho cuja remuneração oferecida seja maior.

Contudo, como vimos na seção 3.2 acima, as medidas de emprego aplicadas nos primeiros anos de vigência da Lei 8.884/94 não tornavam os interesses dos trabalhadores fatores *determinantes* para a aprovação de um ato de concentração.²⁰² Diferentemente do requisito legal que exigia que os benefícios de uma operação alcançassem os consumidores, a previsão quanto às considerações sobre nível de emprego em TCD visavam apenas minorar eventuais impactos negativos sobre o funcionamento dos mercados de trabalho. Em outras palavras, enquanto os mercados de consumo eram regulados estruturalmente pelo direito concorrencial, em função dos requisitos gerais para aprovação do ato de concentração, a regulação dos mercados de trabalho dependia apenas de remédios comportamentais.

No primeiro caso, o bem-estar dos consumidores seria preservado porque, diante de estruturas de mercado que não viabilizem o repasse de eficiências específicas para os consumidores (e.g. menores preços ou maior qualidade), a operação poderia ser reprovada pelo CADE.²⁰³ No caso dos trabalhadores, como já visto, as medidas de emprego evitariam

²⁰¹ No contexto do direito trabalhista nacional, as obrigações para manter o nível de emprego seriam particularmente importantes, pois, de modo indireto, limitariam os efeitos distributivos prejudiciais aos trabalhadores. Isso porque, dada a limitação legal contra a revisão contratual em desfavor dos empregados (cf. art. 468 CLT), a exploração monopsonista via redução salarial exigiria o término de um contrato de trabalho e a contratação de um novo empregado já sujeito à menor remuneração. Ao impedir a dispensa em massa como decorrência da concentração econômica, o remédio de manutenção do nível de emprego controlaria a exploração monopsonista mediante a substituição de toda a mão de obra das unidades produtivas da empresa com poder de monopsonio.

²⁰² Ver, e.g., PROENÇA, Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo CADE, p. 268. SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial: As Estruturas**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 332–333; FONSECA, João Bosco L. da, **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 381; NUSDEO, Ana Maria de O., **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231; e ANDRADE, Maria Cecília, **Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação da Lei 8.884/94**, São Paulo: Singular, 2002, p. 401. Em sentido contrário, considerando que a manutenção do nível de emprego seria condicionante necessária à aprovação da operação, ver GOMES, Os Escopos Sociais do Direito Antitruste; e CARVALHO, Nuno T. P., **As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste**, São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

²⁰³ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial: As Estruturas**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 205–206 (destacando que, na ausência de barreiras à entrada, a concorrência potencial criaria condições para que as eficiências de uma operação fossem repassadas espontaneamente aos consumidores). O repasse de eficiências também poderia ser viabilizado por remédios comportamentais, como já ocorreu em decisões do CADE. Ver, e.g., Ato de Concentração No. 56/1995 (Mellita do Brasil Indústria e Comércio

que, em situações de monopsonio nos mercados de trabalho, o poder econômico do empregador fosse exercido para distorcer a alocação de recursos, i.e., reduzir a remuneração e o número de empregados contratados. Portanto, a tutela concorrencial dos mercados de consumo visaria impedir principalmente a constituição do poder de mercado; ao passo que a tutela dos mercados de trabalho apenas conteria, parcialmente, o exercício desse poder.

Dito isso, cabe aqui uma ressalva: ao se qualificar as medidas de emprego como remédios antitruste não se ignora o fato de que a regulação dos mercados de trabalho tenha sua origem histórica no direito trabalhista, particularmente com as garantias de salário-mínimo e organização sindical. Entretanto, isso não exclui a possibilidade de que o direito concorrencial²⁰⁴ possa ser utilizado como uma técnica regulatória complementar,²⁰⁵ promovendo a eficiência naqueles mercados em que os ofertantes de mão de obra enfrentam o poder de monopsonio de seus contratantes.²⁰⁶ É certo, contudo, que as possíveis interações entre antitruste e política de emprego dentro do regime de concentrações não oferecem soluções para o desemprego enquanto questão macroeconômica. Isso pelo simples fato de que não é toda concentração empresarial que implica dispensa coletiva de empregados e tampouco toda dispensa coletiva que se segue a

Ltda. e Jovita Industria e Comércio Ltda.), Relator: Cons. Marcelo Monteiro Soares, j. 19 dez. 1995; e Ato de Concentração No. 47/1995 (Hoechst Marion Roussel S.A. e Merrell Lepetit Farmecêutica e Indústria Ltda.), Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro, j. 03 dez. 1997. Entretanto, remédios estruturais seriam mais eficientes, pois alterariam a estrutura dos mercados afetados, de modo que o próprio processo competitivo garantisse que os consumidores fossem beneficiados pelo ato de concentração.

²⁰⁴ Ver ASHENFELTER; FARBER; RANSOM, *Labor Market Monopsony*, p. 209.

²⁰⁵ Entender as medidas de emprego como resultado da regulação antitruste sobre os mercados de trabalho não significa submeter o direito concorrencial ao direito trabalhista, tampouco reduzir os objetivos de defesa da concorrência à proteção do trabalhador. De fato, a aplicação das medidas de emprego, como definidas aqui, acaba fortalecendo a política concorrencial, já que seu escopo de atuação expande-se para incluir não apenas os mercados de consumo, mas também os mercados de trabalho, controlando o exercício do poder econômico em ambos. Parece seguir nesse sentido a afirmação de Salomão Filho quanto à necessidade de a teoria jurídica do antitruste reconhecer as distorções que os monopólios criam nos mercados de trabalho brasileiros. Ver SALOMÃO FILHO, Calixto, A Paralisia do Antitruste, *Revista do IBRAC*, v. 16, p. 305–323, 2009, p. 318. Sobre sua teoria da tripla drenagem econômica, resultante das estruturas concentradoras de poder de mercado, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development*, Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 10. Embora não tratando especificamente de controle de concentrações, também na literatura norte-americana já se discutiu a aplicação do direito concorrencial a mercados de trabalho em situação de monopsonio. Cf. LITWINSKI, John A., Regulation of Labor Market Monopsony, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 22, p. 49, 2001, p. 96 (“*The antitrust laws should [...] be amended to also prohibit the exercise of labor market monopsony power by firms*”); e LINDSAY, Michael; SANTON, Katherine, No Poaching Allowed: Antitrust Issues in Labor Markets, *Antitrust*, v. 26, p. 73, 2011..

²⁰⁶ Cf. MITCHELL, Daniel JB; ERICKSON, Christopher L., Monopsony: Today’s New Labor-Market Reality, *WorkingUSA: The Journal of Labor and Society*, v. 8, n. 6, p. 671–682, 2005, p. 679 (“*The bottom line is that monopsony [...] should not be viewed as the rare condition that textbooks suggest. It should be seen as the norm. Monopsony is not just for coal miners and nurses anymore!*”).

uma dessas operações é decorrência do exercício de poder de mercado, a ser disciplinado pela regulação antitruste.²⁰⁷

3.4 Teste de proporcionalidade das medidas de emprego

Tendo revisado os requisitos para a aprovação de atos de concentração, bem como os critérios decisórios sobre remédios antitruste, conseguimos visualizar o arranjo jurídico-institucional no qual se enfrenta o problema da interrupção injustificada na aplicação de medidas de emprego. Considerando essas medidas um tipo especial de remédio antitruste, podemos entender como sua utilização sujeita-se à racionalidade econômica do controle de concentrações. Nesse sentido, se as medidas de emprego visam neutralizar o impacto de operações anticompetitivas sobre mercados de trabalho, o critério para sua aplicação deveria ser o mesmo adotado nos remédios antitruste em geral.

Pelo que vimos na seção 3.2 acima, sabemos também que recentes decisões do CADE têm utilizado um teste de proporcionalidade para determinar quais condicionantes serão impostas às empresas-parte quando da aprovação parcial de uma operação. Como o racional de um teste de proporcionalidade é garantir que a aplicação de remédios antitruste não gerará custos sociais desnecessários, propomos traduzir esse critério decisório em termos de eficiência. Dessa forma, perceberemos como argumentos jurídicos relacionados à aplicação, ou não, de medidas de emprego podem ser construídos com recurso à teoria econômica.

Estabelecendo-se uma analogia ilustrativa com a análise econômica de políticas públicas, o teste de proporcionalidade de remédios no antitruste poderia ser equiparado a uma análise informal de custo-benefício – ou custo-efetividade, mais especificamente –, pela qual se garantiria a minimização dos custos sociais para a promoção dos objetivos do direito concorrencial.²⁰⁸ Essa espécie de cálculo de custo-benefício, todavia, deveria considerar não apenas o eventual custo social gerado por remédios antitruste com desenho ineficiente,²⁰⁹ mas também os custos com sua administração.²¹⁰ Isto é, os recursos

²⁰⁷ Ver SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial**, p. 333, nt. 79.

²⁰⁸ Relacionando princípio da proporcionalidade à análise de custo-benefício, cf., e.g., SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de P., **Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória (Texto para Discussão n. 1463)**, Brasília: IPEA, 2010, p. 12; DAVIES, Stephen; LYONS, Bruce, **Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition**, Northampton: Edward Elgar, 2008, p. 11–12; e SULLIVAN, E. Thomas, Antitrust Remedies in the US and EU: Advancing a Standard of Proportionality, **Antitrust Bulletin**, v. 48, p. 377, 2003, p. 378 e 394–395.

²⁰⁹ Sobre os problemas na definição do desenho de remédios antitruste, Farrell distingue entre o que chama de (i) “*over-fix*”: remédios que buscam restabelecer a concorrência em grau superior àquela existente nos

empregados na aplicação e monitoramento desses remédios, bem como aqueles dispendidos com sua eventual impugnação judicial em demandas propostas pelas empresas-parte.²¹¹

Retomando nossa justificativa hipotética para que o CADE descontinuasse a aplicação das medidas de emprego, como apresentada na seção 3.2 acima, poder-se-ia fundamentar sua escolha de implementação afirmando que esses remédios falham em um teste de custo-benefício. No vocabulário doutrinário da hermenêutica jurídica, essa justificativa de política pública permitiria que o texto da legislação concorrencial e outras disposições normativas relevantes fossem interpretados restritivamente a partir de um método teleológico.²¹² Desse modo, referindo-se ao resultado do teste de custo-benefício, o interprete demonstraria que os objetivos do antitruste (i.e. mercados eficientes, bem-estar do consumidor, inovação) seriam mais bem atendidos ao se construir o sentido das normas concorrenciais para restringir a competência do CADE sobre a aplicação de medidas de emprego.

Essa conclusão, por sua vez, poderia ser sustentada de duas maneiras, i.e., utilizando-se diferentes argumentos jurídicos, embora ambos baseados na teoria econômica. Vejamos cada um desses argumentos a seguir. O primeiro argumento apontaria que as medidas de emprego consistem em remédios comportamentais cujo custo social para sua administração é excessivamente alto. Isso porque, seguindo esse raciocínio, as autoridades antitruste teriam poucos recursos institucionais²¹³ para acompanhar, tal como uma agência setorial, a atividade econômica das empresas sujeitas às decisões antitruste.²¹⁴ Entretanto, afirmar que o Conselho não possuiria capacidade para avaliar a observância de

mercados mesmo antes da operação sob análise; e (ii) “*broad scope*,” remédios que não se propõem a corrigir restrições à concorrência diretamente relacionadas à operação. Ver FARRELL, Joseph, Negotiation and Merger Remedies: Some Problems, in: LEVÉQUE, François; SHELANSKI, Howard (Org.), **Merger Remedies in American and European Union Competition Law**, Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 95.

²¹⁰ Ver SHELANSKI, Howard A.; SIDAK, J. Gregory, Antitrust Divestiture in Network Industries, **The University of Chicago Law Review**, v. 68, n. 1, p. 1–99, 2001, p. 5.

²¹¹ Ver *Ibid.*, p. 19.

²¹² Ver FERRAZ JR., **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 296. Cf. também, PECZENIK, **On Law and Reason**, p. 317 (“Both reduction and restrictive interpretation result in the fact that the definitive area of application of a rule, established with the use of different interpretatory methods, is narrower than the area established with the use of literal interpretation alone”).

²¹³ Ver MOTTA, Massimo; POLO, Michele; VASCONCELOS, Helder, Merger Remedies in the European Union: An Overview, **Antitrust Bulletin**, v. 52, p. 603, 2007, p. 626.

²¹⁴ Cf. EZRACHI, Ariel, Behavioural Remedies in EC Merger Control-Scope and Limitations, **World Competition**, v. 29, n. 3, p. 459–479, 2006, p. 426 (“Monitoring and enforcement activities [to implement behavioral remedies] may involve constant gathering and processing of information and may transform the competition authority into a market regulator”).

remédios de política de emprego implica ignorar um aspecto essencial do regime de controle de concentrações.

Vejamos o seguinte: a tradicional dúplice função repressiva e preventiva do antitruste contra o abuso do poder econômico²¹⁵ exige das autoridades antitruste processos decisórios distintos. De um lado, em procedimentos sancionatórios contra a prática de infrações à ordem econômica, adota-se uma análise retrospectiva, voltada à verificação da ocorrência e dos efeitos potenciais de um fato pretérito (e.g. conduta unilateral exclusionária). De outro, no controle de concentrações, utiliza-se uma análise essencialmente prospectiva, voltada à previsão de eventuais efeitos futuros de um ato de concentração (e.g. elevação de barreiras à entrada).

Nesse último caso, as atribuições das autoridades antitruste no regime de controle de concentrações aproximam-se da atividade própria de agências reguladoras, principalmente nas situações de aprovação condicional de atos de concentração com a adoção de remédios.²¹⁶ Naturalmente, sua competência para a análise de atos de concentração permite-lhes a aplicação de remédios comportamentais, os quais, embora mais custosos – dada a necessidade de contínuo monitoramento das empresas mesmo após a aprovação da concentração –,²¹⁷ têm sido amplamente utilizados.²¹⁸ O próprio CADE tem se valido de remédios comportamentais em casos recentes, visando garantir, após a consumação do ato de concentração, a qualidade dos produtos e serviços a serem oferecidos pelas empresas-parte na operação.

²¹⁵ Ver, e.g., art. 1º, Lei 8.884/94 (revogada) e art. 1º, Lei 12.529/2011.

²¹⁶ Cf. MOTTA; POLO; VASCONCELOS, Merger Remedies in the European Union, p. 626–627 (“It is difficult to distinguish in a clearcut way the differences between competition policy and regulation, and between competition authorities and industry regulators.” [...] “The regulatory component of antitrust intervention is even more pronounced when we look at merger remedies”). Em geral, sobre a tênue distinção entre regulação antitruste e regulação setorial no Brasil, SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15–16. Reconhecendo o caráter quasi-regulatório do antitruste na UE, cf. DUNNE, Niamh, Commitment Decisions in EU Competition Law, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 10, n. 2, p. 399–444, 2014, p. 414 (“[C]laims (and criticisms) of a modern ‘regulatory turn’ arise in relation to both the U.S. and EU systems”); e DUNNE, N., Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control, **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 2, n. 2, p. 225–269, 2014, p. 6. Reconhecendo o caráter quasi-regulatório do antitruste também nos EUA, cf. SIMS, Joe; MCFALLS, Michael, Negotiated Merger Remedies: How Well Do They Solve Competition Problems, **George Washington Law Review**, v. 69, p. 932–951, 2000, p. 934 (“[M]erger enforcement’ has been transformed into a scheme of comprehensive merger regulation through the passage and unchallenged expansion of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976”); e WALLER, Spencer Weber, Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement, **Oregon Law Review**, v. 77, p. 1383–1450, 1998, p. 1386.

²¹⁷ Ver MOTTA, **Competition Policy: Theory and Practice**, p. 296.

²¹⁸ Cf. KWOKA, John E.; MOSS, Diana L., Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement, **The Antitrust Bulletin**, v. 57, n. 4, p. 979–1011, 2012, p. 980 (“Behavioral remedies are now endorsed more widely for vertical mergers, where current policy is commendably more active than in the past. Moreover, their potential use would not seem to be restricted to vertical cases”).

No caso *Estácio/UNISEB*²¹⁹, e.g., as disposições do ACC determinavam que as empresas requerentes restringissem a oferta de novas vagas em programas de graduação nos mercados relevantes afetados pelo ato de concentração. O propósito dos remédios seria, de um lado, conter eventuais abusos de poder de mercado mediante a expansão da oferta e diminuição da qualidade dos serviços e, de outro, viabilizar que concorrentes potenciais ingressassem nos mercados com maiores índices de concentração em busca de parcela crescente da demanda que não seria atendida pelas requerentes.²²⁰

De maneira ainda mais clara, o ACC no caso *Anhanguera/Kroton*²²¹ previa não apenas remédios comportamentais voltados à restrição da oferta, mas também impunha às empresas requerentes obrigações de elevar a qualidade de seus serviços de educação à distância, incluindo: (i) melhorar a titulação do corpo docente, aumentando o percentual de professores mestres e doutores; (ii) desenvolver novas ferramentas de aprendizagem *online*; e (iii) implementar programas de capacitação para os tutores encarregados do auxílio presencial aos alunos.²²² Os remédios comportamentais, em ambos os casos, seriam monitorados mediante o envio de relatórios periódicos ao CADE, pelos quais se poderia avaliar o cumprimento das condições estabelecidas para a aprovação das respectivas operações.²²³

Nesse mesmo sentido, ainda sob vigência da Lei 8.884/94, o TCD estabelecido no caso *Camargo Correa/CIMPOR*²²⁴ previa diversos remédios comportamentais, todos sujeitos a um mecanismo de monitoramento baseado no envio de relatórios de atividade ao CADE. Nesse ato de concentração, vale destacar as obrigações específicas voltadas à implementação de programas de pesquisa, desenvolvimento e inovação (P&D&I) pelas empresas requerentes em parceria com universidades e outras instituições brasileiras.²²⁵

²¹⁹ Ato de Concentração No. 08700.009198/2013-34 (*Estácio Participações S.A. e TCA Investimento em Participações Ltda.*), Relator: Cons. Ana Frazão, j. 14 maio 2014.

²²⁰ Cf. item 3, ACC do AC 08700.009198/2013-34.

²²¹ AC 08700.005447/2013-12.

²²² Ver item 2.1.9, ACC no AC 08700.005447/2013-12.

²²³ Cf. item 4, ACC no AC 08700.009198/2013-34 e item 3 do ACC no AC 08700.005447/2013-12. É bem verdade que a opção por remédios comportamentais nos referidos casos foi ponderada em vista das particularidades do setor de educação, as quais poderiam dificultar a aplicação de remédios estruturais, considerando-se ainda o reduzido custo de monitoramento dos remédios propostos. Ver Voto do Cons. Relator, AC 08700.009198/2013-34, p. 66 e Voto do Relator, AC 08700.005447/2013-12, p. 381. Essa análise de custo-benefício, todavia, não se opõe a nossas considerações sobre a viabilidade institucional da utilização, pelo CADE, de mecanismos de monitoramento de condutas. Antes, apenas reforça nossa posição quanto ao caráter quase regulatório do regime de controle de concentrações.

²²⁴ AC 08012.002259/2012-18.

²²⁵ Ver item 3.7, TCD do AC 08012.002259/2012-18.

A despeito dos exemplos acima, reconhecendo-se que o custo com o monitoramento das medidas de emprego seria excessivo, a reação à proposta de remédios comportamentais ineficientes, como já declarado pelo Conselho,²²⁶ seria substituí-los por remédios estruturais, como o desinvestimento dos ativos das empresas-parte na operação anticompetitiva. Percebe-se assim que a conclusão quanto ao elevado custo social associado a medidas de emprego não conduziria à simples descontinuidade dos remédios antitruste aplicáveis aos mercados de trabalho. Ao invés disso, esses custos justificariam a definição de remédios com um desenho mais intrusivo, i.e., medidas de caráter estrutural.

Pelo que vimos no Capítulo II, sabemos que a substituição das medidas de emprego por remédios estruturais, e.g., em resposta aos seus elevados custos administrativos, jamais ocorreu na atuação do CADE. De fato, na perspectiva da dogmática jurídica, a escolha por medidas de emprego mais severas na implementação do antitruste brasileiro parece até mesmo impedida pelo próprio direito concorrencial. É o que se poderia extrair do caso *Ultrafertil/Fosfertil*, segundo o qual as disposições sobre “variações no nível de emprego” da Lei 8.884/94 deveriam ser interpretadas restritivamente.

Dito tudo isso, resta-nos considerar o segundo argumento pelo qual as medidas de emprego falhariam no teste de custo-benefício para remédios antitruste. Esse argumento apontaria a existência de perdas de bem-estar decorrentes do próprio desenho das medidas de emprego, i.e., resultantes de uma intervenção antitruste indevida sobre estruturas ou práticas de mercado eficientes.²²⁷ Isso significa, em síntese, que essas medidas teriam sido desenhadas para corrigir falhas de mercado em setores cujos agentes detêm reduzido poder de mercado, inexistindo assim relevantes distorções alocativas a serem corrigidas.

Seguindo esse raciocínio, medidas de emprego seriam consideradas remédios desproporcionais para os mercados de trabalho – cujo funcionamento supõe-se geralmente competitivo –, já que concentrações entre empresas-empregadoras dificilmente criariam situações de monopsonio.²²⁸ Diante de um baixo risco de abuso de poder de monopsonio, obrigações de manutenção do nível de emprego, e.g., se eventualmente aplicadas em atos de concentrações, gerariam ineficiências nos mercados de trabalho afetados. Isso porque essas medidas apenas distorceriam incentivos econômicos ao elevar os custos de produção

²²⁶ Ver, e.g., Voto do Cons. Relator, AC 8700.004065/2012-91, p. 133.

²²⁷ Cf. PAGE, Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis, p. 266 (“*Injunctions [antitrust remedies] are costly to implement, both in the direct costs of administration and the indirect costs of deterring efficient conduct*”) (destaque nosso).

²²⁸ A suposição de que os mercados de trabalho são suficientemente competitivos, embora compartilhada por vários economistas, não é consensual. Nossas críticas a esse aparente consenso teórico, bem como suas implicações para a plausibilidade da justificativa da ineficiência, serão desenvolvidas no Capítulo V.

no curto prazo, reduzindo o bem-estar social tal como ocorreria com uma tributação indireta sobre o empregador.²²⁹

À primeira vista, esse segundo argumento parece mais adequado como justificativa de política pública capaz de solucionar o problema da descontinuação imotivada das medidas de emprego. Valendo-se desse argumento, o CADE conseguiria defender uma interpretação mais restritiva da legislação concorrencial, de modo a delimitar sua competência para se utilizar de remédios antitruste apenas na regulação dos mercados de consumo. Mais ainda, poderia assim justificar por que razão, no exercício de sua discricionariedade administrativa, teria escolhido romper a interação entre antitruste e política de emprego em processos de controle de concentrações.

3.5 Justificativa da ineficiência e AED

O argumento de que as medidas de emprego são remédios antitruste que falhariam no teste de custo-benefício, já que seu próprio desenho reduz o bem-estar nos mercados de trabalho, será chamado daqui em diante de *justificativa da ineficiência*.²³⁰ Dito isso, podemos retomar o que afirmamos, na seção 3.4 acima, sobre a proposta de traduzir o princípio da proporcionalidade do Conselho em termos de eficiência. Essa abordagem é importante para que possamos avaliar a justificativa da ineficiência na forma de uma argumentação construída a partir da análise econômica. Isso significa que a AED interessa-nos aqui não como método de pesquisa econômica, mas como técnica de

²²⁹ Ver BOSHOF, Willem *et al*, The Economics of Public Interest Provisions in South African Competition Policy, in: **6th Annual Conference on Competition Law, Economics and Policy**, Pretoria: Competition Commission South Africa, 2012, p. 18.

²³⁰ A justificativa da ineficiência admite também outras variações. Por exemplo, poder-se-ia argumentar que as medidas de emprego seriam ineficientes mesmo que os mercados de trabalho não sejam, na maioria das vezes, competitivos. Isso ocorreria, seguindo esse argumento, porque eventuais distorções alocativas causadas pelo poder de monopólio das empresas poderiam ser corrigidas pela regulação específica dos mercados de trabalho (e.g. organização sindical, negociações coletivas, direito de greve), tornando a regulação antitruste desnecessária. Entretanto, mesmo essa variação do argumento dependeria, implicitamente, de uma avaliação quanto ao grau de concorrência dos mercados de trabalho. Seria necessário estimar, a partir de pesquisas empíricas, se o direito trabalhista poderia neutralizar completamente os efeitos do poder de monopólio de empresas-empregadoras, não restando qualquer possibilidade de o direito concorrencial complementá-lo ou mesmo substituí-lo com ganhos de eficiência. A despeito dessas variações, nossa tese volta-se apenas contra a versão mais simples da justificativa da ineficiência. Entretanto, embora mais complexas, as outras variações desse argumento continuam dependentes do conhecimento econômico relativo ao funcionamento dos mercados de trabalho. Por isso, nossas conclusões quanto às falhas lógicas da justificativa de ineficiência também se aproveitam como crítica às versões mais complexas do argumento. Sobre as implicações da tese defendida neste trabalho, ver a Conclusão.

argumentação jurídica que incorpora proposições descritivas e/ou preditivas derivadas de modelos teóricos.²³¹

Em outras palavras, a AED, enquanto objeto deste trabalho, é tomada como um discurso argumentativo formulado a partir de previsões sobre as consequências, relativas ao comportamento de agentes econômicos, de decisões jurídicas que alterem incentivos dentro e fora dos mercados.²³² Essa forma de argumentação jurídica consequencialista baseada em teoria econômica (“argumentação AED”)²³³ aproxima-se, em certa medida, dos tradicionais métodos interpretativos teleológicos.²³⁴ Isto é, uma interpretação econômica orientada pela concretização dos fins pretendidos pela legislação,²³⁵ conforme utilizada nos sistemas jurídicos tanto de família romano-germânica quanto de anglo-americana.²³⁶

A argumentação AED é, todavia, mais precisa, se comparada a outras formas de argumentação jurídica, quanto à causalidade entre a aplicação do direito e seus resultados econômicos. Em verdade, a possibilidade de introduzir no direito um conhecimento econômico legítimo, decorrente de modelos empiricamente válidos, representa a melhor contribuição da AED para a pesquisa jurídica.²³⁷ Dito tudo isso, a despeito de seus fundamentos jurídicos, a hipotética justificativa da ineficiência parece se construir a partir de uma argumentação AED pouco plausível, sendo incapaz de sobreviver a um exame crítico dentro de um modelo argumentativo rigoroso. De fato, essa é a tese defendida neste trabalho, como já apresentamos na Introdução.

²³¹ Cf. COURTIS, Christian, *El Juego de los Juristas: Ensayo de Caracterización de La Investigación Dogmática*, in: CHRISTIAN COURTIS (Org.), **Observar la Ley: Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica**, Madrid: Trotta, 2006, p. 150–151 (referindo-se à AED como um método de análise doutrinária que incorpora um conhecimento empírico sobre as consequências futuras da aplicação do direito).

²³² Cf. CSERNE, Péter, *Courts and Expertise: Consequence-Based Arguments in Judicial Reasoning*, in: LAROCHE, Pierre; CSERNE, Péter (Org.), **National Legal Systems and Globalization**, The Hague: T. M. C. Asser, 2013, p. 95 (“An efficiency-based argument, i.e. a judicial reference to improvements in efficiency or welfare the decision is supposed to bring about is an argument based on behavioural consequences”).

²³³ Sobre consequencialismo e AED no Brasil, ver, por todos, PARGENDLER; SALAMA, *Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts* (no prelo).

²³⁴ Cf. FETERIS, Eveline T., *A Pragma-Dialectical Approach of the Analysis and Evaluation of Pragmatic Argumentation in a Legal Context*, **Argumentation**, v. 16, n. 3, p. 349–367, 2002, p. 357 (“[i]n a legal context pragmatic [or consequentialist] argumentation is often used to defend a teleological interpretation, an interpretation that establishes the meaning of a legal rule by determining the goal of the rule”).

²³⁵ Ver KIRCHNER, Christian, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, **International Review of Law and Economics**, v. 11, n. 3, p. 277–292, 1991, p. 287.

²³⁶ Ver MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.), **Interpreting Statutes: A Comparative Study**, Aldershot: Dartmouth Pub. Co., 1991, p. 542.

²³⁷ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **Law and Economics**, 6. ed. Boston: Prentice Hall, 2012, p. 3 (explicando que “[e]conomics generally provides a behavioral theory to predict how people respond to laws”). Nesse mesmo sentido, ver SALAMA, Bruno, *O que é Pesquisa em Direito e Economia?*, **Cadernos Direito GV**, v. 22, 2008, p. 14.

Nesse sentido, buscamos refutar essa justificativa de política pública apontando falhas lógicas quanto à aceitação, dentro de uma discussão argumentativa, das supostas consequências negativas, i.e., perdas de bem-estar social, que resultariam da utilização de medidas de emprego. Nossa crítica à conclusão sobre a ineficiência desse tipo de remédio, conforme apontada pela AED, está, todavia, necessariamente limitada à dimensão do discurso argumentativo sobre as consequências de decisões antitruste.²³⁸ Portanto, em momento algum se afirma neste trabalho o fato econômico de que remédios antitruste aplicados aos mercados de trabalho geram ineficiências. Tampouco se propõe quantificar ou, de qualquer outro modo, demonstrar empiricamente eventuais perdas de bem-estar associadas às medidas de emprego tratadas aqui.

Para entendermos a função da argumentação AED no discurso jurídico, vale retomarmos a distinção entre questões dogmáticas e zetéticas, conforme proposta no Brasil por Ferraz Jr.²³⁹ A relevância da AED, como entendida aqui, baseia-se no reconhecimento de uma *correlação funcional* entre esses dois tipos de questão.²⁴⁰ Isso significa que, mesmo em um discurso jurídico baseado no conhecimento econômico, podem-se criar condições para uma decisão por meio de um questionamento limitado sobre os pressupostos da própria análise dogmática.²⁴¹ Esse questionamento econômico para a preparação de uma decisão jurídica, por sua vez, poderia voltar-se, e.g., a uma legislação, investigando a eficácia de uma norma, ou a um ato administrativo, investigando o custo com a implementação de uma política pública.

Com isso queremos dizer que a dogmática jurídica, mesmo vinculada à decidibilidade, admite alguma discussão zetética sobre o fundamento de seus pontos de partida *a priori* inegáveis (i.e. dogmas), desde que com isso se possibilite melhor decidir

²³⁸ Cabem aqui algumas ressalvas adicionais: como este trabalho abarca tópicos em antitruste, acabamos incorporando conceitos econômicos desenvolvidos nas teorias da concorrência imperfeita e do poder de mercado. Entretanto, embora nesse aspecto teórico a análise econômica do direito concorrencial torne-se relevante aqui, isso não permite que se aproxime nosso trabalho de investigações no campo da economia antitruste ou organização industrial.

²³⁹ Conforme Ferraz Jr., “[a] zetética é mais aberta, porque suas premissas são dispensáveis, isto é, podem ser substituídas, se os resultados não são bons, as questões que ela propõe podem até ficar sem resposta até que as condições de conhecimento sejam favoráveis. A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não, como sucede na zetética, as premissas aos problemas.” Ver FERRAZ JR., **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, dominação**, p. 39.

²⁴⁰ Ver FERRAZ JR., **A Ciência do Direito**, p. 46.

²⁴¹ Cf. VIEHWEG, Theodor, **Tópica y Filosofía del Derecho**, Barcelona: Gedisa, 1991 (destacando a facilidade na transição entre os pensamentos dogmático e zetético).

ou orientar uma ação.²⁴² A AED, ou qualquer outra forma de argumentação consequencialista, relativa aos efeitos concretos das normas jurídicas, surge assim como um meio de (re)legitimação de dogmas do direito.²⁴³ Mais ainda, questionamentos zetéticos pontuais, como proporcionados pela AED, tornam-se inevitáveis diante da necessidade de justificar o exercício da dogmática em situações de crescente complexidade valorativa.²⁴⁴

Resta-nos demonstrar agora como uma questão zetética em particular, sobre possíveis consequências econômicas, seria desenvolvida dentro do discurso dogmático com o propósito de legitimá-lo. Partimos aqui novamente de Ferraz Jr., com uma análise sobre as técnicas de validação dos atos administrativos.²⁴⁵ Seguiremos abaixo reconstruindo seu esquema conceitual de validação sobre meios e fins, para depois desenvolvê-lo, no contexto das relações entre o raciocínio jurídico e o econômico. Conforme esse esquema de meios e fins, podemos identificar dois modos distintos para a validação do direito: a técnica condicional e a técnica finalista. Na primeira delas, a validade da norma jurídica seria garantida pela pré-fixação, dentro da cadeia normativa do ordenamento, dos requisitos para a constituição do ato normativo que a estatui, tais como a competência do agente e a previsão legal para sua realização.²⁴⁶ Nesse caso, a observância dos critérios de validação dependeria apenas da definição dos meios para a atuação da norma.

Na técnica finalista, por outro lado, a validade da norma seria garantida pela pré-fixação dos fins que persegue, sendo os meios para seu atingimento, a princípio, de livre escolha pelo aplicador.²⁴⁷ Percebemos, portanto, que ambas as técnicas baseiam-se em uma relação de meio e fim, ainda que segundo padrões distintos. A validação condicional do direito permite uma desvinculação entre meios e fins na aplicação da norma jurídica, enquanto a validação finalística requer necessariamente que o aplicador escolha meios adequados para a realização dos fins previamente fixados.

²⁴² Cf. FERRAZ JR., **A Ciência do Direito**, p. 46 (“[O]s dogmas [...] podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação”).

²⁴³ Nesse sentido, cf. SALAMA, Bruno M., **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 263 (referindo-se ao ônus do intérprete do direito quanto à “verificação consequencialista de controle de legitimidade” de soluções jurídicas).

²⁴⁴ Ver FERRAZ JR., **A Ciência do Direito**, p. 47.

²⁴⁵ Ver FERRAZ JR., Tércio S., A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo, **Revista de Direito Público**, v. 36, p. 27–33, 1982.

²⁴⁶ Ver *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁷ Ver *Ibid.*, p. 31.

Voltando-nos ao regime administrativo, poder-se-ia identificar que a validade dos atos vinculados da administração pública seria meramente condicional, ao passo que os atos discricionários dependeriam da técnica finalista. Isso ocorre porque o exercício do poder discricionário pelo administrador, em vista dos objetivos de interesse público pré-fixados pela legislação (i.e. fins), torna-o responsável pela determinação dos instrumentos (i.e. meios) hábeis para sua consecução. Dessa forma, “a verificação da (...) validade nos obriga a pensar em probabilidade e chances, (...) o procedimento utilizado, a competência (...) especializada e, sobretudo, as repercussões para além das consequências puramente jurídicas.”²⁴⁸

O esquema conceitual de meios e fins, conforme visualizado nas duas técnicas de validação, permitiria assim uma verdadeira ampliação do campo de investigação da “ciência do direito”, ao menos no direito administrativo.²⁴⁹ Isso nos parece particularmente relevante em se tratando da validação finalística e da necessária abertura do juízo de legalidade administrativa para elementos extrajurídicos (i.e. probabilidades e consequências), sem os quais não se poderia verificar a adequação entre meios empregados e fins pretendidos pelo direito.²⁵⁰

De fato, nas últimas décadas, o esquema meios e fins tornou-se particularmente relevante no debate sobre a autonomia das agências reguladoras no Brasil e as formas de controle judicial exercido sobre essas entidades da administração pública. Como reconhece Lopes,²⁵¹ o novo arcabouço jurídico-regulatório dos mercados expande a utilização da técnica finalista como forma de legitimação das agências setoriais, tendo em vista sua inevitável necessidade de priorização entre os múltiplos objetivos que a lei atribuiu àquelas instituições. Nesse mesmo sentido, parece-nos que também na regulação antitruste, ao menos quando da aplicação de remédios, a técnica de validação finalista torna-se relevante no discurso do direito concorrencial.²⁵²

Com o que vimos até aqui, pode-se reconhecer a função da AED na dogmática jurídica como uma técnica para validação de decisões a partir de suas consequências econômicas. Entretanto, isso não significa que uma argumentação AED específica, como a justificativa da ineficiência, não possa ser avaliada a partir de um referencial normativo

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁴⁹ *Ver Ibid.*

²⁵⁰ *Ver* LOPES, José Reinaldo de L., The Traditional Dialogue between Law & Economics, **Revista DIREITO GV**, v. Especial, n. 1, p. 171–194, 2005, p. 190.

²⁵¹ LOPES, José Reinaldo de L., Raciocínio Jurídico e Economia, **Revista de Direito Público da Economia**, v. 8, p. 137–170, 2004, p. 168.

²⁵² Sobre a proximidade entre regulação antitruste e regulação setorial, ver nota 216 acima.

externo à própria análise doutrinária. Dito isso, no capítulo seguinte, apresentaremos um modelo argumentativo pelo qual se demonstrará por que justificar a descontinuidade das medidas de emprego com AED pode produzir de uma argumentação falaciosa.

IV. DIREITO, ECONOMIA E ARGUMENTAÇÃO

No Capítulo III, começamos a enfrentar a questão fundamental deste trabalho, viz., como o CADE deveria justificar uma escolha tácita de implementação, pela qual se distancia da regulação do poder de econômico nos mercados de trabalho. Em resposta, propusemos uma possível justificativa de política pública derivada da AED. Foi o que chamamos de justificativa da ineficiência. Embora hipoteticamente, demonstramos que esse argumento jurídico seria aceitável – segundo a doutrina e os fundamentos econômicos do antitruste – como razão justificatória para a descontinuidade das medidas de emprego no controle de concentrações. Resta-nos avaliar, todavia, a aceitabilidade daquele argumento do ponto de vista lógico.

Nesse sentido, analisamos no presente capítulo as *condições de plausibilidade da justificativa da ineficiência*. Para tanto, introduzimos primeiro as bases de um modelo normativo de argumentação. Depois, identificamos a estrutura básica da argumentação AED e formulamos critérios para o uso racional do conhecimento econômico em discussões argumentativas. Por fim, desenvolvendo nossa tese, reconstruímos a justificativa da ineficiência dentro de uma estrutura lógica específica e explicamos como esse argumento pode se tornar falacioso.

4.1 Modelo normativo de argumentação

Buscando determinar os critérios lógicos para a avaliação da argumentação AED, e com isso começarmos a refutação da justificativa da ineficiência, adotamos aqui o modelo argumentativo da teoria pragma-dialética de Eemeren e Grootendorst.²⁵³ Dentre as diversas teorias da argumentação, a vantagem comparativa da pragma-dialética é seu modelo normativo para discussões críticas – i.e., diálogos persuasivos entre debatedores racionais –, no qual se incluem também os aspectos empíricos da argumentação enquanto um fenômeno linguístico.²⁵⁴ Nessa abordagem, os movimentos argumentativos realizados pelos

²⁵³ Para uma introdução à teoria pragma-dialética da argumentação, cf. EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob, **A Systematic Theory of Argumentation the Pragma-dialectical Approach**, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Sobre o uso da teoria pragma-dialética na análise e avaliação da argumentação jurídica, cf. FETERIS, Eveline T., A Dialogical Theory of Legal Discussions: Pragma-dialectical Analysis and Evaluation of Legal Argumentation, **Artificial Intelligence and Law**, v. 8, n. 2-3, p. 115–135, 2000.

²⁵⁴ Para uma exposição das bases teóricas da abordagem pragma-dialética, cf. EEMEREN, Frans H. Van; GROOTENDORST, Rob, **Speech Acts in Argumentative Discussions: A Theoretical Model for the**

debatedores são caracterizados como atos de fala (*speech acts*) desenvolvidos dentro de uma prática comunicativa, sujeita a requisitos de racionalidade derivados da dialética, incluindo noções lógicas sobre a validade e consistência do argumento.²⁵⁵

Nesse sentido, argumentação, em uma perspectiva dialética, pode ser definida como “*a verbal, social, and rational activity aimed at convincing a reasonable critic of the acceptability of a standpoint by putting forward a constellation of propositions justifying or refuting the proposition expressed in the standpoint.*”²⁵⁶ Enquanto a *argumentação*, sendo uma atividade comunicativa, consiste em um ato de fala complexo, o conceito de *argumento* corresponde a um conjunto de proposições apresentadas como razões para afirmar ou criticar pontos de vista sobre uma questão conflituosa.²⁵⁷

O modelo argumentativo da pragma-dialética compreende as quatro fases de uma discussão crítica (*critical discussion*): a fase do confronto (*confrontation*), da abertura (*opening*), da argumentação (*argumentation*), e da conclusão (*conclusion*). Esses estágios do modelo, embora diferenciados analiticamente, são todos instrumentais ao propósito geral da argumentação, viz., a solução legítima de um conflito de pontos de vista, a partir do próprio mérito das opiniões apresentadas.²⁵⁸ Cada uma dessas fases é regida por regras que determinam o procedimento para a troca de opiniões entre dois debatedores, sejam eles reais ou hipotéticos.²⁵⁹ Esse protocolo dialético garante, e.g., que a diferença de opiniões que constitui a questão conflituosa seja claramente identificada, ou que informações comuns, necessárias ao desenvolvimento da discussão, sejam aceitas por ambos os debatedores desde o começo.²⁶⁰

Analysis of Discussions Directed Towards Solving Conflicts of Opinion, New York: De Gruyter Mouton, 2010.

²⁵⁵ Ver EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob, **Argumentation, Communication, and Fallacies: A Pragma-dialectical Perspective**, Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1992, p. 9.

²⁵⁶ EEMEREN; GROOTENDORST, **A Systematic Theory of Argumentation the Pragma-dialectical Approach**, p. 1.

²⁵⁷ Ver EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 13. O modelo argumentativo adotado neste trabalho inclui também contribuições de autores da literatura em lógica informal. Cf., e.g., WALTON, Douglas N., **Informal Logic: A Pragmatic Approach**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.; e WALTON, Douglas N., **Fundamentals of Critical Argumentation**, Cambridge: CUP, 2006. Sobre a relevância da lógica informal como complemento à teoria pragma-dialética para a análise de falácias, ver EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 106.

²⁵⁸ Ver EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 35.

²⁵⁹ Cf. EEMEREN; GROOTENDORST, **A Systematic Theory of Argumentation the Pragma-dialectical Approach**, p. 59 (reconhecendo que mesmo um monólogo pode ser analisado dialeticamente como um debate entre o protagonista do discurso, escrito ou falado, e seu antagonista implícito).

²⁶⁰ Cf. EEMEREN; GROOTENDORST, **Speech Acts in Argumentative Discussions**, p. 151 (apresentando uma descrição detalhada do código de conduta para discussões críticas).

Na fase da argumentação, o protocolo, ou código de conduta, dialético inclui critérios normativos com o que se avaliam a suficiência e a eficácia de movimentos argumentativos executados ao longo do debate.²⁶¹ Para determinarmos se o argumento apresentado em uma discussão crítica é plausível, i.e., se pode ser aceito pelos debatedores como razões legítimas para a defesa de um ponto de vista, a teoria pragma-dialética nos oferece duas ferramentas: os esquemas argumentativos (*argument schemes*) e suas respectivas questões críticas (*critical questions*). Esses esquemas podem ser entendidos como um “*more or less conventionalized way of representing the relation between what is stated in the argument in what is stated in the standpoint.*”²⁶²

Como conceito analítico, *esquemas argumentativos* são fórmulas abstratas baseadas em formas de argumentação já reconhecidas, pelas quais se garante que a qualidade das premissas, i.e., sua aceitabilidade dentro de uma discussão, seja transferida também para a conclusão do argumento. Desse modo, uma proposição disputada em concreto entre debatedores, relativa a um dado ponto de vista sobre o conflito, poder-se-ia tornar ela mesma aceitável ao final da argumentação.²⁶³ A teoria pragma-dialética utiliza-se de três esquemas argumentativos básicos: (i) argumentação causal, (ii) argumentação sintomática e (iii) argumentação por comparação.

No esquema causal (*causal argumentation*), justifica-se a aceitabilidade de um ponto de vista a partir da existência de um vínculo instrumental entre as proposições que compõem o argumento. Isso significa que o esquema causal representa uma relação de meios e fins, na qual as premissas, como razões para a admissibilidade de uma proposição disputável, indicam uma causa reconhecida para o efeito indicado na conclusão do argumento, reforçando assim o ponto de vista.²⁶⁴ No esquema argumentativo sintomático (*symptomatic argumentation*), afirma-se uma relação de concomitância entre as proposições de um argumento, com o que se justifica a transferência da aceitabilidade das premissas para sua conclusão.²⁶⁵

As premissas do esquema sintomático expressam um sinal ou uma característica que se reconheça pertinente e, portanto, extensível à conclusão do argumento, permitindo defender assim certo ponto de vista. Já no esquema de comparação (*argumentation based on*

²⁶¹ Ver *Ibid.*, p. 162.

²⁶² EEMEREN; GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, p. 96.

²⁶³ Ver EEMEREN; GROOTENDORST, *A Systematic Theory of Argumentation the Pragma-dialectical Approach*, p. 4.

²⁶⁴ Ver EEMEREN; GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, p. 97.

²⁶⁵ Ver *Ibid.*

a comparison), por outro lado, afirma-se uma relação de analogia entre as proposições do argumento. Dessa forma, justifica-se a aceitabilidade da conclusão a partir da existência de um paralelo, ou uma reconhecida similaridade, entre o ponto de vista defendido e o conteúdo das premissas aceito pelos debatedores.²⁶⁶

Cada um dos esquemas acima está sujeito a um exame crítico específico, definido a partir do conjunto de perguntas (i.e. questões críticas) que debatedores racionais, valendo-se dessas formas típicas de argumentação, comprometem-se a responder dentro de uma discussão crítica.²⁶⁷ Por exemplo, no esquema causal, uma das questões seria perguntar ao debatedor-proponente se o fato ou ato referido nas premissas terá sempre como consequência o ato ou fato referido na conclusão do seu argumento.²⁶⁸ No esquema sintomático, uma questão crítica seria perguntar se a característica compartilhada pelas premissas e a conclusão do argumento ocorrerá necessariamente nessas duas proposições.²⁶⁹ No esquema de comparação, naturalmente, poder-se-ia questionar se existem diferenças relevantes entre o que está estabelecido nas premissas e o que se afirma na conclusão do argumento.²⁷⁰ Retomaremos as questões críticas na seção 4.2 abaixo, para analisarmos a estrutura lógica da argumentação AED.

A existência de um código de conduta para discussões críticas determina não apenas que os esquemas de argumentação escolhidos sejam apropriados, i.e., reconhecidos como base comum no debate, mas que sejam também corretamente utilizados. Disso decorre que debatedor-proponente de um argumento tem o dever de responder ou antecipar as reações críticas da parte contrária.²⁷¹ Na perspectiva da pragma-dialética, a violação do código de conduta pelos debatedores, em qualquer uma das fases da argumentação, pode produzir uma falácia. Dito de outro modo, como já mencionado na Introdução, as falácias são entendidas aqui como movimentos argumentativos que prejudicam a resolução de uma diferença de opiniões dentro de discussões críticas.²⁷²

De todo modo, ainda que o propósito da argumentação seja sempre solucionar disputas acerca da aceitabilidade de um ponto de vista, conflitos específicos, passíveis de tratamento pela via argumentativa, não se limitam a diferenças de opinião. Dentre esses

²⁶⁶ Ver *Ibid.*

²⁶⁷ Ver EEMEREN, Frans H. van; GARSSSEN, Bart; MEUFFELS, Bert, **Fallacies and Judgments of Reasonableness**, Dordrecht: Springer Netherlands, 2009, p. 167.

²⁶⁸ Ver EEMEREN, F. H. van; GROOTENDORST, R.; SNOECK HENKEMANS, Francisca, **Argumentation: Analysis, Evaluation, Presentation**, Mahwah: L. Erlbaum Associates, 2002, p. 101.

²⁶⁹ Ver *Ibid.*, p. 98.

²⁷⁰ Ver *Ibid.*, p. 99.

²⁷¹ Ver EEMEREN; GARSSSEN; MEUFFELS, **Fallacies and Judgments of Reasonableness**, p. 170.

²⁷² Ver EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 102.

conflitos, podem ser incluídos, e.g., problemas de natureza prática ou hipóteses teóricas disputadas.²⁷³ A diversidade de soluções cabíveis nessas disputas e as específicas convenções que se observam na prática das discussões argumentativas tornam a dimensão pragmática da linguagem um aspecto essencial para a avaliação dos movimentos dos debatedores dentro do procedimento dialético.²⁷⁴

Isso significa que, além de uma análise baseada em esquemas argumentativos e questões críticas, a identificação de falácias depende também do contexto em que a argumentação é desenvolvida.²⁷⁵ Dito isso, parece-nos que os tipos de atividade argumentativa (*argumentative activity type*), enquanto categorias descritivas da teoria pragma-dialética, podem ser aproximados, em alguma medida, da tipologia dos diálogos formulada por Walton.²⁷⁶ Dessa forma, o modelo normativo de discussão crítica pode ser complementado com alguns elementos contextuais de diálogos não apenas de persuasão, mas também de deliberação (sobre problemas práticos), de inquirição (sobre hipóteses teóricas) ou mesmo de informação (para troca de conhecimento).²⁷⁷

Em discussões argumentativas concretas, o debate quanto à admissibilidade de um ponto de vista desenvolve-se geralmente em debates secundários, cujo objeto são outras proposições disputáveis.²⁷⁸ Por isso, mesmo que se adotem os critérios normativos da

²⁷³ Cf. WALTON, Douglas N., What is Reasoning? What Is an Argument?, **The Journal of Philosophy**, v. 87, n. 8, p. 399–419, 1990, p. 411 (explicando como diferentes conflitos podem conduzir a específicas discussões argumentativas).

²⁷⁴ Ver EEMEREN, Frans van *et al.*, Contextual Considerations in the Evaluation of Argumentation, in: REED, Chris; TINDALE, Christopher W. (Org.), **Dialectics, Dialogue and Argumentation: An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning**, London: College Publications, 2010, p. 129.

²⁷⁵ Ver EEMEREN, Frans H. van, In Context, **Argumentation**, v. 25, n. 2, p. 141–161, 2011, p. 155.

²⁷⁶ É verdade que a abordagem de Walton sobre os tipos dialógicos, tomando-os como diferentes modelos normativos de argumentação dialética, mostra-se incompatível com a abordagem pragma-dialética, enquanto uma teoria geral da argumentação, cf. EEMEREN, Frans H. van; HOUTLOSSER, Peter, The Contextuality of Fallacies, **Informal Logic**, v. 27, n. 1, p. 59–68, 2007. Entretanto, na dimensão contextual das discussões argumentativas, a aproximação entre a tipologia dialógica de Walton e os tipos de atividade argumentativa, originados da pragma-dialética, parece já ter sido realizada. Cf. EEMEREN, In Context, p. 153. Mais ainda, o próprio Walton já reconheceu a discussão crítica como o modelo normativo fundamental para análises argumentativas. Ver WALTON, **Informal Logic**, p. 8; e TINDALE, Christopher W., Fallacies, Blunders, and Dialogue Shifts: Walton's Contributions to the Fallacy Debate, **Argumentation**, v. 11, n. 3, p. 341–354, 1997, p. 344.

²⁷⁷ Cf. WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni, Teleological Justification of Argumentation Schemes, **Argumentation**, v. 27, n. 2, p. 111–142, 2013, p. 128 (resumindo os sete tipos de diálogo formulados por Walton e outros autores). A vantagem de incluirmos a tipologia de diálogos neste trabalho é a possibilidade de utilizar critérios lógicos que, derivados dos diferentes diálogos, tornam-se relevantes na análise da argumentação jurídica. Ver, e.g., MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni, Argumentation Schemes for Statutory Interpretation, in: HOEKSTRA, R. (Org.), **Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2014**, Amsterdam: IOS Press, 2014. Como exemplo de uma análise argumentativa que combina as contribuições de Walton com a teoria pragma-dialética, cf. WAGEMANS, Jean H. M., The Assessment of Argumentation from Expert Opinion, **Argumentation**, v. 25, n. 3, p. 329–339, 2011, p. 337.

²⁷⁸ EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 42.

pragma-dialética, classificar a atividade argumentativa conforme uma tipologia de diálogos pode ser útil na identificação de falácias.²⁷⁹ Isso porque os diálogos de Walton permitem-nos descrever, ainda que idealmente, certos padrões de interação entre debatedores e seus objetivos específicos ao longo de uma discussão argumentativa.

Nesse sentido, vejamos como os tipos dialógicos são relevantes para a compreensão dos discursos jurídicos produzidos pela análise doutrinária e pela AED. A argumentação desenvolvida, e.g., na doutrina jurídica mais tradicional, a despeito de sua inicial caracterização como diálogo de inquirição, pode converter-se em um diálogo de persuasão, na medida em que os argumentos possam voltar-se menos à produção de conhecimento prático do que ao convencimento de outros doutrinadores acerca de teses jurídicas.²⁸⁰

Por outro lado, na argumentação AED, parece-nos que as discussões iniciam-se invariavelmente como um diálogo de inquirição ou persuasão sobre o conteúdo do direito, para então se desenvolverem como um diálogo de informação sobre as consequências econômicas de decisões jurídicas. Isso ocorre porque, embora a AED possa justificar a aceitabilidade de proposições sobre o sentido de normas jurídicas, a utilização dessa forma de argumentação depende também de interações dialéticas com fontes de conhecimento sobre a Economia. Na seção 4.2 abaixo, empregaremos esquemas argumentativos e tipos dialógicos para analisar os usos da ciência econômica em argumentos jurídicos. Essa abordagem pragma-dialética sobre a argumentação AED revelará por que, em discussões críticas, podem ocorrer movimentos falaciosos baseados na falsa autoridade da ciência.

4.2 Uma abordagem pragma-dialética à argumentação AED

Introduzidas as bases da teoria pragma-dialética, podemos agora determinar as condições de plausibilidade da argumentação AED dentro do modelo de discussão crítica. Nesse sentido, identificaremos sua estrutura lógica, para então analisá-la dentro de um arranjo híbrido, composto de duas formas específicas de argumentação, pelas quais se oferecem razões para a aceitação de teses jurídicas formuladas pela AED. Esses

²⁷⁹ Cf. TINDALE, Christopher W., *Fallacies, Blunders, and Dialogue Shifts: Walton's Contributions to the Fallacy Debate*, **Argumentation**, v. 11, n. 3, p. 341–354, 1997, p. 344 (“*In identifying a wider range of dialogues in which argumentation occurs, Walton widens the scope for the occurrence and treatment of fallacies*”).

²⁸⁰ Cf., e.g., SARTOR, A Teleological Approach to Legal Dialogues, p. 263 (“*In practical inquiry [about the law], defining what counts as winning or losing depends on the purposes of each participant, [...] on whether they want to achieve an agreement, or rather to increase their individual knowledge or [...] collective practical knowledge*”).

componentes da argumentação AED podem ser classificados seguindo dois subesquemas argumentativos:²⁸¹ *argumento consequencialista* e *argumento de autoridade*. Explicaremos abaixo o porquê dessa classificação em subesquemas e como suas respectivas questões críticas lhes são aplicadas.

Já sabemos que a argumentação AED é tomada aqui como uma forma de argumentação baseada em teoria econômica, pela qual se justificam opções interpretativas, ou outras construções doutrinárias, a partir de considerações sobre as consequências da aplicação do direito.²⁸² Essas consequências futuras, como também sabemos, referem-se ao comportamento de agentes econômicos em reação aos incentivos criados por normas e decisões jurídicas.²⁸³ Vejamos no exemplo a seguir como seria a estrutura lógica básica da argumentação AED.

Utilizando-se da AED para defender certa interpretação jurídica, um juiz poderia afirmar, como razão para a aceitação de sua tese, que, partindo daquela leitura da legislação, sua decisão produziria um estado de coisas cuja realização é um objetivo perseguido pelo direito.²⁸⁴ Como razão adicional para a aceitação da sua tese jurídica, o mesmo juiz poderia afirmar que a ocorrência daquele estado de coisas é um provável resultado de sua decisão, conforme atestam informações obtidas de uma fonte de conhecimento aceita pelas partes processuais, viz., a ciência econômica.

Dentre as razões justificatórias oferecidas pelo juiz no exemplo acima, podem-se identificar afirmações sobre (i) as consequências futuras que se seguirão à sua decisão; e (ii) a confirmação de que essas consequências provavelmente ocorrerão, segundo uma fonte de conhecimento respeitada, i.e., dotada de autoridade. Parece-nos que essas duas razões revelam a cadeia argumentativa²⁸⁵ básica produzida pela AED. Isso explica por que propomos aqui analisar a argumentação AED como um discurso complexo, que inclui, além de argumentos consequencialistas, também componentes com outra estrutura lógica: argumentos de autoridade.

²⁸¹ Reconhecendo a existência de subesquemas argumentativos derivados dos esquemas gerais da teoria pragma-dialética, cf. EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 97.

²⁸² Cf. KIRCHNER, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, p. 287.

²⁸³ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **Law and Economics**, 6. ed. Boston: Prentice Hall, 2012, p. 3.

²⁸⁴ Cf. FETERIS, *A Pragma-Dialectical Approach of the Analysis and Evaluation of Pragmatic Argumentation in a Legal Context*, p. 354 (“*In a legal context, the acceptability (or unacceptability) of the consequences is often defended by means of pragmatic[consequentialist] argumentation, which refers to the goal of the legal rule*”).

²⁸⁵ Cf. WALTON, **Fundamentals of Critical Argumentation**, p. 24. (“*[C]hains of argumentation are made up of smaller arguments that are connected together. The conclusion of one inference [argument] becomes a premise in another one*”).

Os dois componentes da argumentação AED, sendo distintos em sua estrutura, devem ser avaliados a partir de diferentes esquemas argumentativos básicos oferecidos pela teoria pragma-dialética. Nessa abordagem, enquanto argumentos consequencialistas são sempre derivados de um esquema causal, argumentos de autoridade são adequadamente construídos a partir de um esquema sintomático.²⁸⁶ Começemos analisando o primeiro desses componentes, para então entendermos como o argumento de autoridade torna-se determinante para que uma argumentação AED seja plausível dentro de uma discussão crítica.

Seguindo a estrutura lógica sugerida por Feteris,²⁸⁷ vejamos como se constrói um argumento consequencialista no direito, utilizando-o, e.g., para defender certa interpretação de textos normativos:

Premissa 1: O objetivo Y é (in)desejável.

Premissa 2: A aplicação do dispositivo X segundo a interpretação X' causa Y.

Conclusão: Aplicação do dispositivo X segundo a interpretação X' é (in)desejável.

Podemos observar que as premissas acima expressam proposições de natureza distinta. A Premissa 1 comporta uma proposição normativa, estabelecendo que a ocorrência de certo estado de coisas – relacionado, e.g., a uma política pública definida na legislação – é considerada um objetivo desejável ou indesejável. A Premissa 2, por outro lado, comporta uma proposição descritiva, de natureza teórica,²⁸⁸ na qual se estabelece a relação causal entre uma ação – e.g., a decisão tomada segundo um dispositivo legal sujeito a dada interpretação – e um estado de coisas na realidade empírica.²⁸⁹ Por fim, a Conclusão de um argumento consequencialista toma a forma de outra proposição normativa, de natureza prática, sugerindo que determinada ação deva, ou não, ser tomada para que se produza, ou não, determinada consequência.²⁹⁰

²⁸⁶ Ver GARSSSEN, Bart, *Argument Schemes*, in: EEMEREN, Frans H. van (Org.), **Crucial Concepts in Argumentation Theory**, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2003, p. 92.

²⁸⁷ Cf. FETERIS, Eveline T., *The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: A Pragma-Dialectical Perspective*, **Argumentation**, v. 19, n. 4, p. 459–470, 2006, p. 462.

²⁸⁸ Referimo-nos a proposições descritivas, qualificando-as como teóricas, por considerá-las representativas de um conhecimento que nos oferece uma descrição sobre fatos empíricos. Por isso, “teórico” e “empírico” não se opõem aqui, ao menos em relação a proposições que afirmam a existência de fatos ou suas relações no mundo concreto.

²⁸⁹ Cf. FETERIS, *The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules*, p. 463.

²⁹⁰ Sobre proposições normativas (ou práticas) e teóricas, bem como os diferentes tipos de raciocínio empregados na argumentação, ver seção 4.3.1 abaixo.

Em discussões críticas sobre teses jurídicas, a plausibilidade de um argumento consequencialista é avaliada a partir do desempenho do debatedor-proponente ao responder questões relativas à desejabilidade do estado de coisas a ser concretizado, conforme os valores e objetivos promovidos pelo direito. Além disso, a plausibilidade do argumento proposto dependerá também do modo como são respondidas as críticas relativas à identificação de nexos causais – e.g. a partir de inferências probabilísticas – sobre os quais argumentos consequencialistas sempre se baseiam.²⁹¹ Naturalmente, as questões críticas voltadas à premissa normativa podem ser respondidas com argumentos interpretativos sobre o conteúdo do direito.²⁹² Essa forma típica de argumentação jurídica, todavia, não é adequada para justificar a aceitabilidade de proposições que descrevem uma relação de causa e efeito entre fatos empíricos, como aqueles que compõem a premissa teórica dos argumentos consequencialistas.

Como se sabe, predições sobre os efeitos de decisões jurídicas podem ser mais bem tratadas a partir de análises produzidas pelas ciências sociais, por isso a relevância da AED.²⁹³ No *mainstream* do pensamento econômico, i.e., no programa neoclássico,²⁹⁴ a pesquisa econômica é considerada uma investigação científica, baseada no método hipotético-dedutivo e na falseabilidade de hipóteses.²⁹⁵ Por isso, os economistas acreditam ser capazes de construir modelos teóricos que não apenas explicam o sistema econômico, mas também preveem seu desenvolvimento. A possibilidade de esses modelos oferecerem previsões precisas sobre o comportamento dos agentes econômicos tem sido considerada o critério de validade fundamental da Economia positiva.²⁹⁶

²⁹¹ Cf. FETERIS, The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules, p. 463.

²⁹² De acordo com Feteris, esse tipo de argumento interpretativo-teleológico “*consists of symptomatic argumentation justifying the desirability of consequence Y by referring to the fact that it is compatible with goal Z which is objectively prescribed by the valid legal order.*” Ver FETERIS, Eveline T., The Pragmatic-dialectical Reconstruction of Teleological-evaluative Argumentation in Complex Structures of Legal Justification, in: HANSEN, H.V. et al (Org.), **Dissensus and the Search for Common Ground: OSSA 2007**, Windsor: OSSA, 2007, p. 3.

²⁹³ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **Law and Economics**, 6. ed. Boston: Prentice Hall, 2012, p. 3 (“*Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior*”). Nesse mesmo sentido, ver SALAMA, O que é Pesquisa em Direito e Economia?, p. 14.

²⁹⁴ Sobre o *começo* do fim do domínio neoclássico no pensamento econômico, ver DAVIS, John B., The turn in economics: neoclassical dominance to mainstream pluralism?, **Journal of Institutional Economics**, v. 2, n. 01, p. 1–20, 2006, p. 17.

²⁹⁵ Cf. HAUSMAN, Daniel M., Economic Methodology in a Nutshell, **The Journal of Economic Perspectives**, p. 115–127, 1989, p. 121 (reconhecendo que a proposta de Milton Friedman, identificada como metodologia ideal do programa neoclássico, alinha-se indiretamente ao modelo positivista de ciência, como o de Karl Popper).

²⁹⁶ Cf. FRIEDMAN, **Essays in Positive Economics**, p. 8–9 (“*theory is to be judged by its predictive power for the class of phenomena which it is intended to ‘explain’[...] the only relevant test of the validity of a hypothesis is comparison of its predictions with experience*”). Por outro lado, afirmando que economia

De fato, utilizando-se da argumentação AED em discussões críticas, uma resposta satisfatória ao questionamento acerca da causalidade entre uma decisão jurídica e um fato econômico depende do reconhecimento da Economia, pelos debatedores, como fonte de conhecimento autorizada. Disso decorre que, dentro da estrutura lógica proposta aqui, a aceitação da premissa teórica de um argumento consequencialista – que afirma um nexo causal – decorre da aceitabilidade da conclusão de um argumento de autoridade sobre a ciência econômica – que confirma esse nexo causal.

É bem verdade, todavia, que mesmo o emprego da AED pode se mostrar insuficiente como garantia de plausibilidade de uma argumentação voltada às consequências econômicas do direito. Isso pode ocorrer nas situações em que a premissa teórica do argumento de autoridade é uma proposição falsa, i.e., cujo conteúdo mostra-se incompatível com o conhecimento econômico reconhecido pela comunidade científica. Nesses casos, o argumento acabaria se tornando um apelo ilegítimo à autoridade da ciência. Esse tipo de movimento argumentativo defeituoso pode se tornar uma falácia informal conhecida como *argumentum ad verecundiam*.²⁹⁷

Porque os argumentos de autoridade estão na base argumentação AED, violações das regras pragma-dialéticas por meio de argumentos de autoridade falaciosos podem afetar a plausibilidade de toda a cadeia argumentativa construída pela AED. Obviamente, é possível recorrer ao conhecimento especializado dos economistas para argumentar corretamente em discussões críticas sobre teses jurídicas. Dito isso, passemos agora à análise dos argumentos de autoridade. Segundo Walton, a estrutura básica desse argumento, conhecido como *apelo à opinião especializada*, pode ser representada da seguinte maneira:²⁹⁸

Premissa 1: A fonte X é um especialista na área de conhecimento Y.

Premissa 2: A fonte X afirma que a proposição Z é reconhecida como verdadeira (falsa).

Premissa 3: A proposição Z está contida em na área de conhecimento Y.

Conclusão: A proposição Z pode ser considerada verdadeira (falsa).

neoclássica falha ao se enquadrar no modelo positivista, ver BLAUG, Mark, **The Methodology of Economics: Or, How Economists Explain**, Cambridge: CUP, 1992, p. 111.

²⁹⁷ Cf. MCCLOSKEY, Donald N., Rhetoric of Law and Economics, The, **Michigan Law Review**, v. 86, p. 752-767, 1987, p. 766 (sugerindo que argumentos *ad verecundiam* ocorrem na prática da AED); e MCCLOSKEY, Donald N., The Rhetoric of Economics, **Journal of Economic Literature**, p. 481-517, 1983, p. 500 (sugerindo que economistas utilizam-se de argumentos *ad verecundiam*).

²⁹⁸ Ver WALTON, Douglas N., **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**, University Park: Pennsylvania State University Press, 1997, p. 258.

Pode-se observar que argumentos de autoridade compõem-se de três premissas teóricas. Na Premissa 1, estabelece-se que a fonte consultada é um especialista em uma dada área de conhecimento relevante. A Premissa 2 estabelece que a fonte consultada afirma em sua opinião que uma dada proposição – e.g., relativa aos fatos controvertidos em uma demanda antitruste – é verdadeira. Na Premissa 3, estabelece-se que a proposição cuja veracidade é afirmada na opinião da fonte X está contida em seu próprio campo de expertise. A Conclusão de um argumento de autoridade, por fim, afirma que a proposição relevante, referida na opinião especializada, pode ser aceita como verdadeira.²⁹⁹ Como argumentos de autoridade são estruturados dentro de um esquema sintomático, o fato de a fonte consultada ser um especialista é tomado como um sinal de que sua opinião pode ser presumida correta.

Embora a argumentação AED possa ser definida intuitivamente como a atividade de argumentar a partir das consequências do direito, ao identificarmos sua estrutura lógica, percebemos que o componente de autoridade tende a ser determinante para a plausibilidade dessa forma de argumentação. Dito isso, para verificarmos as condições de plausibilidade dos argumentos de autoridade, recorreremos à tipologia dos diálogos apresentada na seção 4.1 acima, tomando-os sempre como elemento contextual na análise argumentativa.

Para Walton, o argumento de autoridade pressupõe uma interação dialética específica entre um debatedor e um *expert*, i.e., uma fonte de conhecimento especializado, cuja informação oferecida garantiria a aceitabilidade da conclusão. Em outras palavras, embora o argumento de autoridade pareça envolver apenas um diálogo entre debatedores leigos, no qual se recorre à opinião especializada para justificar um ponto de vista, deve-se incluir naquela argumentação também um diálogo secundário, para troca de informações, entre o *expert* e o proponente do argumento.³⁰⁰ Um argumento de autoridade poderia ser descrito, assim, a partir de dois tipos de diálogo: de persuasão e de informação.³⁰¹

O diálogo de informação, todavia, não ocorre necessariamente como uma discussão real. Esse diálogo entre debatedor-proponente e *expert* pode ser apenas presumido, tornando-se o pressuposto a partir do qual são formulados os critérios lógicos para a avaliação dos argumentos de autoridade.³⁰² De fato, a plausibilidade desses argumentos depende de condições não relacionadas ao conteúdo da opinião especializada, já que o debatedor-proponente, participante do diálogo de informação, é incapaz de julgar a

²⁹⁹ See WAGEMANS, *The Assessment of Argumentation from Expert Opinion*, p. 335.

³⁰⁰ Ver WALTON, **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**, p. 121.

³⁰¹ Ver *Ibid.*

³⁰² Ver *Ibid.*, p. 122.

correção das informações oferecidas pelo *expert*. Por isso, o exame dialético de argumentos de autoridade dependerá de questões críticas que se referem apenas indiretamente ao conhecimento especializado relevante para o debate.³⁰³

Walton também considera que o recurso à autoridade de fontes escritas (i.e. documentais) seria equivalente ao apelo às opiniões oferecidas verbalmente por *experts*, já que nas duas situações ocorreria uma interação dialética que se traduziria em um diálogo de informação.³⁰⁴ Isso implica que o recurso à Economia na argumentação AED, e.g., pela citação de um artigo científico, poderia ser examinado dialeticamente também como um argumento de autoridade dentro de discussões críticas. Nesse caso, pode-se reconhecer um diálogo presumido entre o proponente desse argumento e o *expert* consultado,³⁰⁵ i.e., o economista cujo trabalho tenha sido tomado como fonte de proposições teóricas para a construção de argumentos consequencialistas.

Para avaliar a plausibilidade de apelos à opinião especializada, Walton propõem questões críticas relativas a aspectos pessoais do *expert*, como sua credibilidade e confiabilidade, além de outras, relacionadas à pertinência de sua expertise e à precisão das opiniões oferecidas.³⁰⁶ Conforme proposto pelo autor, as perguntas pertinentes à avaliação da plausibilidade de argumentos de autoridade são as seguintes:³⁰⁷

1. Especialização: Quais são as credenciais da fonte X como *expert*?
2. Área: X é especialista no campo de conhecimento Y?
3. Opinião: Qual afirmação da fonte X implica a proposição Z?
4. Confiabilidade: X é uma fonte confiável?
5. Consistência: Z é consistente com as afirmações de outros *experts*?
6. Evidências: A afirmação de X possui suporte em provas?

Como os argumentos de autoridade são estruturados a partir do esquema sintomático, as questões críticas buscam avaliar se a qualificação da fonte consultada, enquanto indicativo da credibilidade de seu conhecimento especializado, permite que sua opinião seja considerada verdadeira. Respondidas às perguntas acima, o procedimento

³⁰³ Ver WAGEMANS, The Assessment of Argumentation from Expert Opinion, p. 338.

³⁰⁴ WALTON, Douglas, Examination Dialogue: An Argumentation Framework for Critically Questioning an Expert Opinion, **Journal of Pragmatics**, v. 38, n. 5, p. 745–777, 2006, p. 755.

³⁰⁵ Ver GODDEN, David M.; WALTON, Douglas, Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System, **Ratio Juris**, v. 19, n. 3, p. 261–286, 2006, p. 276.

³⁰⁶ WALTON, **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**, p. 223.

³⁰⁷ Ver *Ibid.*

dialético pode continuar, sendo possibilitado ao debatedor-respondente apresentar ainda perguntas secundárias às questões críticas principais.³⁰⁸

Na verdade, essas questões podem ser traduzidas como premissas implícitas que expandem a estrutura básica do argumento de autoridade.³⁰⁹ Caso o debatedor-proponente do argumento não responda satisfatoriamente a qualquer uma dessas perguntas, o argumento de autoridade torna-se menos plausível.³¹⁰ Neste trabalho, como veremos na seção 4.4 abaixo, o critério mais relevante para avaliar a argumentação AED é a questão crítica sobre a consistência da opinião especializada, i.e., sua aceitação por outros *experts* dentro da mesma área de conhecimento.

4.3 Argumentos de autoridade no direito

Antes de prosseguirmos, é importante que se entenda como a teoria econômica, enquanto conhecimento especializado, é incorporada ao raciocínio jurídico para construir argumentos baseados na autoridade da ciência. Com isso, conseguiremos reforçar nossa proposta de reconstruir a argumentação AED para incluir em sua estrutura lógica também um componente de autoridade, permitindo-nos assim analisá-la segundo os critérios lógicos apresentados na seção 4.2 acima.

À primeira vista, poder-se-ia pensar na ocorrência de argumentos de autoridade científica no direito somente em relação a perícias e depoimentos de testemunhas técnicas (*expert testimony*) em processos judiciais.³¹¹ De fato, aqueles meios de prova já nos revelam como certas áreas do conhecimento, e.g., a medicina forense, garantem que decisões judiciais sejam motivadas a partir de opiniões aceitas em razão da autoridade do perito ou da testemunha. São essas as situações tratadas por Walton em sua análise sobre os apelos à opinião especializada na argumentação jurídica.³¹² Nesses casos, perícias ou

³⁰⁸ *Ver Ibid.*

³⁰⁹ *Ver* GODDEN, David; WALTON, Douglas, *Advances in the Theory of Argumentation Schemes and Critical Questions*, **Informal Logic**, v. 27, n. 3, p. 267–292, 2007, p. 284.

³¹⁰ *Ver* WALTON, **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**, p. 258–259.

³¹¹ Sobre o instituto de *expert testimony* no direito processual brasileiro, ver DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

³¹² *Ver, e.g.*, GODDEN; WALTON, *Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System*, p. 262.; e WALTON, **Legal Argumentation and Evidence**, p. 25.

depoimentos produzidos por *experts* em campos técnico-científicos são tomados pelos juízes como explicações aceitáveis sobre os fatos pertinentes ao julgamento da demanda.³¹³

Na perspectiva do decisor jurídico, a opinião de um *expert* permitiria verificar se as condições para a aplicação do direito, relativamente a normas jurídicas ou construções doutrinárias, foram atendidas no caso concreto. Assim, em raciocínios jurídicos baseados em normas ou doutrinas de conteúdo técnico, uma opinião especializada seria aproveitada por um juiz, e.g., para construir argumentos que justifiquem a absolvição de um réu ao qual a autoria de crime de homicídio é imputada. Como justificativa para a absolvição, esse juiz poderia afirmar a não incidência do tipo penal cabível, baseando-se em laudo médico que comprovasse que a suposta vítima do crime de homicídio morrera de causas naturais.

Como se percebe no exemplo acima, essa forma de argumentação jurídica que remete ao conteúdo da prova pericial implica necessariamente o reconhecimento, pelo juiz e pelas demais partes processuais, da autoridade técnico-científica do perito médico. Isso reafirma a ideia de que a tradicional argumentação jurídica baseada em normas – e.g., o argumento sobre a necessidade de preenchimento do tipo penal – depende também de argumentos relativos à existência de um estado de coisas cuja verificação empírica não se faz diretamente pelas partes do processo.³¹⁴

Embora na prática judicial possam-se criticar as conclusões de perícias ou depoimentos de testemunhas especialistas, esses questionamentos voltam-se somente aos requisitos de autoridade do *expert* consultado, viz., sua parcialidade,³¹⁵ suas credenciais³¹⁶ e seu reconhecimento pela comunidade técnico-científica.³¹⁷ Quando o perito judicial é questionado em audiências de instrução,³¹⁸ os advogados buscam atacar indiretamente a correção científica do depoimento do *expert*, concentrando-se em aspectos formais, não de

³¹³ Ver THEODORO JR., Humberto, **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento**, 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 471.

³¹⁴ De fato, essa conclusão decorre da própria existência do regime jurídico para a produção de provas pericial. Ver art. 420 e ss. da Lei No. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, **Diário Oficial da União**, 17 jan. 1973 (“CPC”). Há disposições análogas no texto da Lei No. 13.105, de 16 de março de 2015, **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Entretanto, dado o período de *vacatio legis* do novo Código de Processo Civil, manteremos neste trabalho referências à legislação vigente.

³¹⁵ Cf. art. 422 CPC (“O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido”) e art. 423 CPC (“O perito pode [...] ser recusado por impedimento ou suspeição”).

³¹⁶ Cf. art. 145, §2 CPC (“Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos”) e art. 424, I, CPC (“O perito pode ser substituído quando [...] carecer de conhecimento técnico ou científico”).

³¹⁷ Cf. art. 145, §1 CPC (“Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente”).

³¹⁸ Ver art. 435 CPC e art 421, §2, CPC.

conteúdo.³¹⁹ Da mesma forma, quando as partes apresentam assistente técnico para acompanhar o trabalho de um perito judicial,³²⁰ ou produzem parecer elaborado por perito próprio,³²¹ sua estratégia é reduzir a credibilidade dos resultados da prova técnica que contraria sua versão dos fatos controvertidos.³²²

Em momento algum, qualquer das partes processuais poderia apreciar a opinião especializada sob perspectiva científica, criticando o método, as técnicas de análise ou o arcabouço teórico empregados.³²³ Advogados podem, obviamente, contrastar diferentes opiniões especializadas, demonstrando como outros *experts* discordam sobre a metodologia e, por consequência, sobre os resultados de uma prova técnica. Neste caso, ocorreria o que se conhece como batalha de pareceres (*battle of the experts*), i.e., disputas técnico-científica sobre fatos controvertidos que, em princípio, não poderiam ser substancialmente resolvidas nos tribunais.³²⁴ Aos juízes e advogados, portanto, é impossibilitada a análise do mérito de uma opinião especializada. Por isso, acabam se limitando a avaliar as condições pelas quais se presumem aceitáveis as proposições teóricas apresentadas pelo *expert* relativamente aos fatos pertinentes à demanda.³²⁵

Em antitruste, a mesma forma de argumentação baseada na autoridade científica ocorre quando se utilizam provas econômicas na aplicação do direito concorrencial. De fato, a Economia tem sido reconhecida como conhecimento técnico relevante para a produção probatória em casos antitruste no Brasil³²⁶ e em outras jurisdições, como no direito norte-americano.³²⁷ Enquanto *experts*, economistas oferecem pareceres como meio de prova capaz de demonstrar, e.g., se uma transação econômica entre empresas

³¹⁹ De fato, todos os dispositivos do CPC mencionados acima, juntamente com outras fontes do direito, poderiam tornar-se justificativas para argumentos interpretativos, permitindo que advogados questionem a legitimidade da prova técnica dentro do regime jurídico de produção probatória.

³²⁰ Ver art. 422, §1, CPC.

³²¹ Ver art. 427 CPC.

³²² Ver WALTON, *Legal Argumentation and Evidence*, p. 27.

³²³ De fato, a literatura jurídica reconhece que nem mesmo juízes, ainda que possuam conhecimentos especializados sobre fatos pertinentes à demanda, poderiam criticar substancialmente o conteúdo da prova técnica. Cf., e.g., THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*, p. 478 (“Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória”) (notas omitidas).

³²⁴ Ver GODDEN; WALTON, *Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System*, p. 264.

³²⁵ Ver, e.g., HAW, Rebecca, *Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts*, *Northwestern University Law Review*, v. 106, p. 1261, 2012, p. 1279.

³²⁶ Ver GILBERTO, André M., *O Processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil*, São Paulo: Lex, 2010, p. 187 e ss.

³²⁷ Ver SOLOW, John L.; FLETCHER, Daniel, *Doing Good Economics in the Courtroom: Thoughts on Daubert and Expert Testimony in Antitrust*, *Journal of Corporation Law*, v. 31, p. 489, 2005, p. 489.

concorrentes produzirá maiores preços ou perda na qualidade dos produtos e serviços oferecidos aos consumidores. Além da instrução em processos de controle de concentrações, pareceres econômicos são também utilizados em processos judiciais, como no cálculo do dano patrimonial em demandas indenizatórias em resposta a condutas anticompetitivas, como a prática de cartel.³²⁸

Embora o arquétipo de *expert* na argumentação jurídica seja o perito ou a testemunha técnica, as fontes de autoridade não se limitam a indivíduos dotados de conhecimento especializado. Ao lado deles, existem autoridades despersonificadas, dentre as quais se incluem documentos, máquinas, tradições ou até mesmo todo um campo particular de conhecimento.³²⁹ Em um plano mais abstrato, portanto, poderíamos tomar a própria Economia, enquanto ciência social, também como uma fonte de conhecimento autorizada para fins argumentativos. Proposições teóricas sobre o comportamento de agentes econômicos seriam reconhecidas como aceitáveis, por sua autoridade científica, não apenas por terem sido extraídas, e.g., de uma publicação deste ou daquele economista – embora a referência à autoria seja sempre inevitável. Mais do que isso, seriam aceitáveis por integrarem um *corpus* de conhecimento produzido coletivamente segundo métodos compartilhados por uma comunidade acadêmica.³³⁰

De fato, o uso de Economia na construção de argumentos de autoridade não parece limitado à matéria probatória. Argumentos baseados em predições acerca das consequências econômicas futuras têm sido empregados tanto na verificação do suporte fático das normas, quanto em análises jurídicas sobre a validade e incidência do direito em casos concretos.³³¹ Mais ainda, proposições derivadas da teoria econômica tornam-se um conhecimento relevante também na interpretação jurídica, quando proposta a partir de argumentos sobre as consequências das possíveis leituras da legislação.³³²

³²⁸ *Ver Ibid.*

³²⁹ *Ver* HUNDLEBY, Catherine, The Authority of the Fallacies Approach to Argument Evaluation, **Informal Logic**, v. 20, n. 3, p. 279-308, 2010, p. 298. *Cf. também* EEMEREN; GROOTENDORST, **Argumentation, Communication, and Fallacies**, p. 161 (“*The authority appealed need not always be a person...* ”).

³³⁰ *Cf.* PAGE, William H.; LOPATKA, John E., Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases, **Cornell Law Review**, v. 90, p. 617-704, 2005, p. 619 (reconhecendo a autoridade da ciência econômica na forma de “*a body of authoritative economic knowledge adopted by courts – directly or indirectly – from the scholarly literature*”) (notas omitidas).

³³¹ Dentre outras causas, a crescente utilização de argumentos consequencialistas no Brasil pode ser explicada pelo crescente reconhecimento do direito como fator relevante na implementação de políticas públicas, principalmente mediante a aplicação de princípios e juízos de proporcionalidade nos tribunais. *Ver* PARGENDLER; SALAMA, *Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método*, p. 123.

³³² *Ver* KIRCHNER, The Difficult Reception of Law and Economics in Germany, p. 287.

Dito tudo isso, é ainda necessário confirmarmos se os critérios lógicos aplicáveis às opiniões especializadas podem ser realmente estendidos para a análise da argumentação AED. Para tanto, precisaremos avaliar se argumentos de autoridade baseados em provas econômicas, de uso corrente em casos antitruste, seriam similares a outros argumentos jurídicos baseados em teoria econômica, como aqueles utilizados, e.g., na interpretação do direito concorrencial. Em outras palavras, a questão que se deve enfrentar é a seguinte: o conhecimento econômico empregado na instrução processual seria, em alguma medida, distinto daquele eventualmente utilizado na interpretação jurídica? Se a resposta for positiva, então a análise da argumentação AED a partir das condições de plausibilidade dos argumentos de autoridade, como propomos aqui, poderia ser criticada.

4.3.1 Prova econômica e AED no raciocínio jurídico

Sobre a questão, Posner aponta uma necessária distinção entre o emprego da Economia na produção probatória e seus outros usos na aplicação do direito.³³³ Segundo o autor, *“economic considerations, that go to shape legal doctrine (...) are not considered questions to be decided by taking testimony and testing its accuracy by cross-examination, but by reference to general considerations of law and policy.”*³³⁴ Considerações de natureza econômica oferecidas por *experts* ao longo da instrução visariam assim tão somente provar os fatos relevantes à demanda.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o conhecimento econômico eventualmente utilizado pelos juízes para determinar o direito aplicável – e.g. em construções doutrinárias – não poderia ser confundido com as informações que se obtêm a partir de perícias ou depoimentos de testemunhas técnicas. Esse entendimento, contudo, parece pressupor certa teoria sobre como os juízes, diante dos meios de prova disponíveis, argumentam para justificar uma decisão. Dito isso, demonstraremos a seguir como a distinção entre prova econômica e AED, sugerida por Posner, decorre de uma concepção equivocada sobre o raciocínio jurídico.

É fato que o depoimento de um economista, quando empregado na instrução processual, tem como objeto somente a controvérsia fática de cujo esclarecimento depende

³³³ Ver POSNER, Richard A., *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 13, n. 2, p. 91–99, 1999, p. 91. Em verdade, a distinção entre esses dois usos da economia no direito é apontada por Posner como uma consideração marginal em seu estudo sobre a análise econômica de *expert testimonies*. Ainda assim, tomamos aqui a posição desse autor como representativa de uma possível objeção à nossa proposta.

³³⁴ *Ibid.*, p. 92.

a decisão judicial.³³⁵ Não caberia à testemunha técnica produzir o conhecimento teórico relevante para a interpretação de textos normativos de conteúdo extrajurídico. Analogamente, retomando o exemplo acima sobre o homicídio, as informações oferecidas pelo perito médico sobre a causa da morte da vítima podem não ser suficientes para definir-se o conceito biológico de vida. Ainda que tal definição técnica seja necessária à interpretação de certos dispositivos da legislação penal, e.g., os tipos referidos em lei como crimes contra a vida.

De todo modo, a contraposição entre prova econômica e a AED não deve ser tomada como absoluta. Pode parecer, na perspectiva individual do juiz, ou outro decisor jurídico, que a Economia seja empregada para fins distintos em cada uma daquelas situações. Uma eventual distinção entre esses dois usos da teoria econômica no direito, todavia, mostra-se menos relevante quando se considera como esse conhecimento é incorporado ao raciocínio jurídico. Para que entendamos esse ponto, seguimos agora para uma breve digressão sobre tipos de raciocínio e natureza da argumentação, explorando duas dicotomias: (i) raciocínio dedutivo vs. não dedutivo e (ii) raciocínio prático vs. teórico.

Começemos esclarecendo como definimos raciocínio para os fins deste trabalho. Raciocínio poderia ser entendido amplamente como uma forma de pensamento direcionada a um propósito determinado.³³⁶ De modo mais restrito, podemos defini-lo como um processo pelo qual se estabelecem pontos de partida (i.e. premissas), para então se mover em direção a pontos finais (i.e. conclusões), seguindo um dado critério de movimentação entre os pontos intermediários (i.e. proposições).³³⁷ A bem da verdade, distinções entre tipos de raciocínio expressam apenas seu uso em diferentes contextos argumentativos, os quais, por sua vez, determinam a direção dessa forma de pensamento sequencial.³³⁸

Embora os raciocínios desenvolvam-se dialeticamente na maioria das formas de argumentação, pode-se também raciocinar individualmente, sem qualquer interação entre debatedores.³³⁹ É o que ocorre quando se raciocina a partir de inferências dedutivas. O critério de movimentação nesse tipo de raciocínio é rígido, de modo que interações dialéticas são desnecessárias para que se estabeleça uma relação entre as proposições. Por

³³⁵ Ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, v. II, 7. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 381.

³³⁶ Ver JOHNSON, **The Rise of Informal Logic: Essays on Argumentation, Critical Thinking, Reasoning and Politics**, p. 219.

³³⁷ Ver WALTON, *What is Reasoning?*, p. 403.

³³⁸ Ver *Ibid.*, p. 411.

³³⁹ Ver *Ibid.*, p. 405.

isso, um raciocínio dedutivo permite construir argumentos cujas conclusões são aceitas independentemente de eventuais reações críticas de outro debatedor.³⁴⁰ Em argumentos dedutivamente válidos, o movimento entre premissas e conclusão ocorre como uma necessidade lógica. Se as premissas de um argumento dedutivo (válido) forem verdadeiras, então sua conclusão deve necessariamente ser também verdadeira.³⁴¹ Uma conclusão falsa, nesse caso, seria logicamente impossível.

Por outro lado, em raciocínios não dedutivos, o critério de movimentação não é tão rígido, o que torna menos precisa uma avaliação sobre a aceitabilidade de conclusões que, nesse caso, não decorreriam necessariamente das premissas. Sejam mais precisos neste ponto. Quando nos referimos a raciocínio não dedutivo, limitamo-nos aqui a um raciocínio chamado de derrotável (*defeasible*).³⁴² Raciocinando-se dessa forma, podem-se construir argumentos plausíveis, i.e., cuja conclusão seria apenas verossímil. Essa presunção de aceitabilidade manter-se-á a depender do resultado da interação dialética entre debatedores.³⁴³ Com isso, queremos dizer, de modo bastante simplificado, que um argumento derrotável pode tornar-se inaceitável diante de novas premissas, i.e., quando informações adicionais são introduzidas no debate argumentativo.³⁴⁴

Vejam agora a segunda dicotomia, pela qual se distingue entre raciocinar para *decidir o que fazer* e raciocinar para *avaliar em que acreditar*.³⁴⁵ Começemos com o primeiro deles. Em um raciocínio prático, busca-se determinar as razões para agir, i.e., justificar determinado curso de ação.³⁴⁶ Raciocinando desse modo, podem-se construir argumentos para sustentar uma proposição recomendando a melhor decisão em vista dos objetivos do agente e das circunstâncias da ação.³⁴⁷ Por isso, argumentos de natureza

³⁴⁰ Cf. WALTON, **Informal Logic**, p. 242 (afirmando que argumentos dedutivamente válidos fecham-se para novas informações, sendo avaliados fora do contexto de um diálogo entre debatedores).

³⁴¹ Ver *Ibid.*, p. 138.

³⁴² Cf. WALTON, **Fundamentals of Critical Argumentation**, p. 52 (explicando que “*such an inference is inherently subject to retraction. It is defeasible, meaning that it may turn out to fail (default) if new evidence comes in*”).

³⁴³ Ver WALTON, **Informal Logic**, p. 165.

³⁴⁴ Ver WALTON, **Fundamentals of Critical Argumentation**, p. 75.

³⁴⁵ Ver HARMAN, Gilbert, Practical Aspects of Theoretical Reasoning, in: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Org.), **The Oxford Handbook of Rationality**, Oxford: OUP, 2004, p. 48.

³⁴⁶ Cf. MACCORMICK, Neil, **Practical Reason in Law and Morality**, Oxford: OUP, 2008, p. 12 (explicando que “*interest in practical reasoning is interest in how reasons that are justifying reasons have a bearing on how one decides to act*”).

³⁴⁷ Ver WALTON, **Fundamentals of Critical Argumentation**, p. 300.

prática possuem, na maioria dos casos, premissas normativas, incluindo aspectos valorativos que orientam as escolhas do agente.³⁴⁸

Com um raciocínio teórico, por outro lado, busca-se determinar as razões para acreditar, i.e., justificar um conhecimento sobre algo a partir daquilo que já se acredita saber.³⁴⁹ Raciocinando assim, podem-se construir argumentos para sustentar a verdade, ou a probabilidade, de uma proposição.³⁵⁰ A conclusão de um argumento de natureza teórica poderia afirmar uma crença sobre fatos, tomando a forma de uma proposição com conteúdo descritivo sobre um estado de coisas.³⁵¹ Tendo introduzido essas distinções analíticas sobre raciocínio, vejamos agora como essas duas dicotomias entrecruzam-se no direito. Isso é importante porque a necessária distinção entre os usos da Economia na instrução probatória e na interpretação do direito desaparece quando se reconhece que o raciocínio jurídico é essencialmente derrotável³⁵² e prático.³⁵³

Começemos pela qualificação mais intuitiva. Dizemos que o raciocínio jurídico é prático porque permite construir argumentos para justificar proposições contendo juízos de licitude, que orientam a tomada da melhor decisão conforme o direito. Por outro lado, o raciocínio jurídico é também derrotável, já que a conclusão desses argumentos práticos torna-se aceitável, presumidamente, como resultado da interação entre debatedores.³⁵⁴ Nesse procedimento dialético, comparam-se diferentes razões justificadoras de uma

³⁴⁸ Ver WALTON, Douglas, Evaluating Practical Reasoning, *Synthese*, v. 157, n. 2, p. 197–240, 2007, p. 234.

³⁴⁹ Ver WALTON, Douglas N., **Practical Reasoning: Goal-driven, Knowledge-based, Action-guiding Argumentation**, Savage: Rowman & Littlefield, 1990, p. 84.

³⁵⁰ Ver *Ibid.*, p. 67–68.

³⁵¹ Ver LA TORRE, Massimo, Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation, *Ratio Juris*, v. 15, n. 4, p. 377–402, 2002, p. 379.

³⁵² Ver, e.g., SARTOR, **Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law**, p. 75.; PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni, The Three Faces of Defeasibility in the Law, *Ratio Juris*, v. 17, n. 1, p. 118–139, 2004, p. 122; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander, Law, Morals and Defeasibility, *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 305–325, 2000, p. 305; e MACCORMICK, Neil, Defeasibility in Law and Logic, in: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Org.), **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**, Dordrecht: Springer, 1995, p. 115. Cf. também WALTON, **Legal Argumentation and Evidence**, p. 35 (reconhecendo que a maioria dos argumentos utilizados no direito é derrotável). Para uma extensiva discussão sobre temas envolvendo derrotabilidade e direito, ver BELTRÁN, Jordi F.; RATTI, Giovanni B. (Org.), **The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility**, Oxford: Oxford University Press, 2012.

³⁵³ Ver, e.g., ALEXY, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, p. 292.; FINNIS, Natural Law and Legal Reasoning, p. 1.; e MACCORMICK, Legal Reasoning and Practical Reason, p. 273. Cf. também WALTON, **Legal Argumentation and Evidence**, p. 56. (“There is one particular kind of logical reasoning that is especially important in legal argumentation, called practical reasoning”); e BURTON, Law as Practical Reason, p. 764 (“Law is an exercise in practical reason, to be grasped from the internal point of view of an actor”).

³⁵⁴ *Contra*, afirmando a natureza dedutiva do raciocínio jurídico, a despeito da derrotabilidade de proposições gerais sobre o direito, ver CARLOS, Juan Bayón, Why is Legal Reasoning Defeasible?, in: SOETEMAN, Arend (Org.), **Pluralism and Law**, Dordrecht: Springer, 2001, p. 344.

decisão, a partir da reação do proponente do argumento jurídico diante de eventuais críticas do outro debatedor.³⁵⁵ Sendo bem sucedido em suas respostas, o proponente transfere seu ônus argumentativo para a contraparte no debate, o que fortalece a plausibilidade de seu argumento.³⁵⁶

Se o raciocínio jurídico é entendido, em sua essência, como uma espécie de deliberação, i.e., um exercício de razão prática voltado à construção de argumentos derrotáveis que orientam a ação, não se poderia afirmar, por consequência, que meios de prova determinam diretamente o sentido da decisão judicial, por mais preciso que seja seu conteúdo informativo.³⁵⁷ Entendamos por que essa afirmação implica uma aproximação entre prova econômica e argumentação AED. Já se reconhece na literatura jurídica que o raciocínio desenvolvido quando do julgamento de uma demanda não pode ser descrito como uma simples dedução,³⁵⁸ viz., um tipo de silogismo formal.³⁵⁹

Dentro do modelo do silogismo judicial, como se supõe, haveria a premissa maior (norma jurídica) e a premissa menor (fatos), sendo que a conclusão (decisão), pela subsunção dos fatos à norma, emergiria como uma necessidade lógica.³⁶⁰ Entretanto, o uso do raciocínio dedutivo no direito é muito limitado,³⁶¹ ocorrendo apenas nas situações em que a decisão judicial não enfrenta, na terminologia de MacCormick, problemas de interpretação jurídica ou de classificação e relevância dos fatos.³⁶²

³⁵⁵ Cf. SARTOR, Giovanni, Defeasibility in Legal Reasoning, in: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Org.), **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**, Dordrecht: Springer, 1995, p. 146 (“[E]very set of legal ‘reasons’, i.e., every set of premises upon which a legal decision can be grounded [...] represents, [...] the context in which opposed arguments can be developed and compared”).

³⁵⁶ Embora esse procedimento dialético remeta-nos ao processo judicial e à prática argumentativa dos advogados, vale destacar que essa dimensão dialética da argumentação abarca toda forma de raciocínio jurídico, incluindo as justificativas dos juízes, em resposta às opostas alegações das partes processuais. Ver SARTOR, **Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law**, p. 79. Mais ainda, como já vimos na Introdução, a argumentação dialética pode expressar também o método de pesquisa jurídica acadêmica.

³⁵⁷ Cf. e.g., GODDEN; WALTON, Argument from Expert Opinion as Legal Evidence, p. 227 (“[E]ven in law, expert testimony cannot conclusively establish the acceptability of a proposition”).

³⁵⁸ Para uma extensa revisão do debate sobre a dedução no raciocínio jurídico, incluindo as críticas ao modelo do silogismo judicial, ver SARTOR, **Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law**, p. 393 e ss.

³⁵⁹ Sobre silogismo, como uma das formas clássicas de argumento dedutivo, ver WALTON, **Fundamentals of Critical Argumentation**, p. 54. Entretanto, vale destacar que o silogismo jurídico não corresponde exatamente ao silogismo na tradição lógica aristotélica. Ver SARTOR, **Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law**, p. 50, nt.4.

³⁶⁰ Ver STELMACH, Jerzy; BROŹEK, Bartosz, **Methods of Legal Reasoning**, Dordrecht: Springer, 2006, p. 26.

³⁶¹ Cf. MACCORMICK, Neil, **Rhetoric and The Rule of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 237 (“As everyone knows, however, the appearance of purely deductive or demonstrative argumentation, so far as it exists, is nearly always misleading. The deductive element is rarely sufficient to conclude any contentious matter in law”).

³⁶² MACCORMICK, Neil, The Nature of Legal Reasoning: A Brief Reply to Dr Wilson, **Legal Studies**, v. 2, n. 3, p. 286–290, 1982, p. 287.

Estando presentes os problemas de interpretação e classificação, o suposto silogismo judicial não poderia conduzir apenas a uma única conclusão, permitindo, de fato, diferentes decisões lógica e juridicamente corretas.³⁶³ Pode-se afirmar assim que não há uma incidência necessária, ou automática, das normas jurídicas, como se espera de uma aplicação do direito meramente dedutiva.³⁶⁴ Ao contrário, mesmo diante de elementos de provas relativos ao suporte fático de uma norma já identificada, o decisor jurídico ainda precisará determinar quais desses elementos serão considerados no processo. Em outras palavras, o juiz deve valorar o material probatório, decidindo sobre sua pertinência aos fatos controvertidos da demanda.³⁶⁵

A valoração da prova perpassa uma decisão quanto à sua suficiência, i.e., um julgamento sobre a possibilidade de os meios de prova disponibilizados permitirem o convencimento racional do juiz.³⁶⁶ De fato, essa decisão sobre fatos empíricos também é justificada argumentativamente.³⁶⁷ Como o juiz argumenta para defender uma possível explicação sobre quais fatos controvertidos considera comprovados,³⁶⁸ i.e., uma proposição teórica, sua argumentação jurídica possui, nessa situação, natureza teórica.³⁶⁹ Isso ocorre porque, embora essencialmente prático, o raciocínio jurídico desenvolve-se, em alguma medida, também sobre os fatos relevantes à demanda.³⁷⁰ O conteúdo informativo dos meios de prova tornam-se premissas de argumentos teóricos, cuja conclusão, indicando os fatos

³⁶³ Ver LA TORRE, Massimo, **Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of law**, Dordrecht: Springer, 2007, p. 47.

³⁶⁴ Para uma síntese sobre as críticas ao silogismo judicial, enquanto modelo positivista para aplicação do direito, cf. LA TORRE, Massimo, **Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law**, Dordrecht: Springer, 2007, p. 46 (“*The great theoretical problem with [...] the ‘syllogistic model’ is that it does not fit the reality of the operations performed by the judge in applying the law*”).

³⁶⁵ Ver art. 131 CPC.

³⁶⁶ Ver CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R., **Teoria Geral do Processo**, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 389.

³⁶⁷ Ver MACCORMICK, Legal Reasoning and Practical Reason, p. 272.

³⁶⁸ Esse tipo de raciocínio derrotável sobre fatos é conhecido como inferência à melhor explicação (*inference to the best explanation*). Ver AMAYA, Amalia, Inference to the Best Explanation, in: VERHEIJ, Bart; PRAKKEN, Henry; KAPTEIN, Hendrik (Org.), **Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic**, Farnham: Ashgate, 2013, p. 135 (“*[M]any instances of factual reasoning in law are best understood as ‘inferences to the best explanation,’ i.e., a pattern of reasoning whereby explanatory hypotheses are formed and evaluated*”).

³⁶⁹ Sobre argumentação teórica no direito, cf., e.g., SHECAIRA, Fábio P., **Peculiaridades da Argumentação sobre Fatos no Campo do Direito**, disponível em: <<https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ArtigoIMEShecaira.pdf/544083732/ArtigoIMEShecaira.pdf>>, acesso em: 6 jan. 2016.

³⁷⁰ De fato, o raciocínio teórico sempre contribui, em alguma medida, com o desenvolvimento do raciocínio prático. Cf. MACCORMICK, **Practical Reason in Law and Morality**, p. 12; e HARMAN, Practical Aspects of Theoretical Reasoning, p. 45.

comprovados no processo, integra argumentos práticos que justificam a decisão judicial que aplica o direito.³⁷¹ Essa é a cadeia argumentativa no raciocínio judicial.

O mesmo ocorre com provas econômicas empregadas na instrução processual. As informações obtidas com um parecer elaborado por um economista, embora restritas aos fatos controvertidos da demanda, também tomam a forma de proposições teóricas na argumentação jurídica.³⁷² De fato, a determinação sobre quais fatos são comprovados ao logo da instrução exigirá sempre um raciocínio derrotável,³⁷³ pelo qual se defende dialeticamente a melhor descrição fática que englobe os diversos elementos probatórios disponibilizados ao juiz.³⁷⁴ Neste caso, as proposições extraídas da prova econômica possuirão um maior peso argumentativo, como reflexo de sua origem, viz., a ciência econômica, enquanto fonte de conhecimento especializado.³⁷⁵

Entretanto, a argumentação teórica no direito não ocorre apenas no processo judicial, quando da valoração das provas pelo juiz. Dizemos isso porque fatos empíricos podem ser relevantes também para construir o sentido das normas pertinentes à resolução de uma demanda. Às vezes, como se sabe, o texto normativo sujeito à interpretação faz referência a fatos, de modo que argumentos interpretativos em defesa de certa leitura da legislação exigem recurso a proposições teóricas que expliquem esses fatos.³⁷⁶ Outras

³⁷¹ Cf. SARTOR, *Defeasibility in Legal Reasoning*, p. 146 (explicando que as premissas de uma decisão jurídica, enquanto conclusão de um argumento prático, incluem “*statutory, judicial, doctrinal provisions, factual assertions, etc.*”) (destaque nosso).

³⁷² Cf. GODDEN; WALTON, *Argument from Expert Opinion as Legal Evidence*, p. 276 (reconhecendo que, no direito, “*the expert will be playing a role in trying to establish one or more of the premises being used in a persuasion dialogue*”).

³⁷³ Ver WALTON, **Legal Argumentation and Evidence**, p. 43.

³⁷⁴ Cf. LIANOS, Ioannis, “Judging” Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation, in: KOKKORIS, Ioannis; LIANOS, Ioannis (Org.), **The Reform of EC Competition Law: New Challenges**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 317 (sugerindo que a valoração das provas econômicas em matéria concorrencial desenvolve-se pela comparação, quanto à sua plausibilidade, entre diferentes explicações factuais) e PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J., *Juridical Proof and the Best Explanation*, **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, p. 223–268, 2008, p. 242 (“*[T]he strength of [the] inference [to the best explanation] will depend contextually on the other evidence, and the presence of other, contrary explanation*”).

³⁷⁵ De fato, mesmo diante de um laudo pericial, o juiz pode divergir das conclusões do perito, julgando a demanda a partir de outras provas que contradigam a opinião do *expert* consultado. Ver Art. 436 CPC. Entretanto, o juiz deverá sempre justificar especificamente, porque, em seu livre convencimento racional, desconsiderou a prova pericial. Ver MARINONI; ARENHART, **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, v. II, p. 385. e THEODORO JR., **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento**, p. 478. Embora, no regime processual brasileiro, a prova pericial não tenha prevalência sobre as demais, a reconhecida necessidade de motivar um julgamento em sentido contrário às conclusões do laudo revela a autoridade técnico-científica da opinião especializada dentro argumentação judicial.

³⁷⁶ Ver PARGENDLER; SALAMA, *Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método*, p. 119.

vezes, disputas interpretativas são resolvidas mediante argumentos voltados às consequências fáticas da decisão jurídica que se seguiria a uma particular interpretação.³⁷⁷

Nessas situações, valendo-se da AED, uma interpretação jurídica poderia ser justificada por meio de argumentos consequencialistas, cujas premissas conteriam proposições descrevendo probabilisticamente fatos econômicos futuros.³⁷⁸ Por isso, também na argumentação AED, o conhecimento econômico incorpora-se ao raciocínio jurídico na forma de proposições teóricas. Com isso queremos dizer o seguinte: as proposições descritivas e preditivas sobre o comportamento dos agentes econômicos podem compor as *premissas de argumentos práticos*, com os quais se argumenta para interpretar o direito, ou as *premissas de argumentos teóricos*, com os quais se argumenta para determinar os fatos comprovados no processo.

Embora de naturezas distintas, ambos os argumentos referidos acima são construídos a partir de um raciocínio derrotável, cuja avaliação depende assim de um procedimento dialético. Nesse caso, para justificar sua decisão, o juiz raciocina comparando o peso argumentativo das proposições extraídas de fontes de conhecimento especializado, com outras descrições teóricas de menor autoridade técnico-científica.³⁷⁹ A opinião especializada em sentido amplo, independente de sua origem (oral ou documental) ou escopo (específico ou geral) quanto aos fatos relevantes, torna-se assim uma razão justificatória na deliberação judicial. Seja na verificação do preenchimento da hipótese de incidência de uma norma, seja na determinação de seu próprio conteúdo, o conhecimento econômico transforma-se em premissas de argumentos – práticos e teóricos – que contribuem, mas nunca determinam, por si sós, a justificativa para decisões jurídicas.

Dito tudo isso, concluímos que as condições de plausibilidade relativas a argumentos de autoridade, como aplicados por Walton às opiniões especializadas em matéria probatória, são também relevantes na argumentação AED. Como a autoridade da Economia não se esgota na pessoa do *expert*, a literatura econômica pode se tornar fonte de autoridade científica para a argumentação jurídica, como ocorre na interpretação do direito

³⁷⁷ Ver *Ibid.*, p. 121.

³⁷⁸ Cf., e.g., CSERNE, Péter, Consequence-based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics, in: MATHIS, Klaus (Org.), **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**, Dordrecht: Springer, 2012, p. 39 (explicando, sobre a AED no raciocínio judicial, que “[w]hen judges are authorized to base their decision on such consequential considerations they also have the duty to justify their decision with arguments related to the expected consequences of alternative ruling”).

³⁷⁹ Cf. PRAKKEN; SARTOR, The Three Faces of Defeasibility in the Law, p. 122 (“The weighing and balancing metaphor, that is, the idea that legal conclusions are based upon the comparison of the weight of sets of reasons favouring opposed outcomes, naturally leads to defeasibility”).

concorrencial.³⁸⁰ Portanto, embora o conhecimento econômico produzido a partir de provas técnicas seja distinto daquele empregado na interpretação jurídica pela AED, ambos tornam-se funcionalmente equivalentes na forma de proposições teóricas dentro do raciocínio jurídico.

4.3.2 *Experts* também argumentam pela autoridade?

Vejamos agora como contornar a outra possível objeção à nossa proposta. Até o momento, concentramo-nos nas situações em que o proponente da argumentação AED utiliza-se do conhecimento econômico produzido por um *expert*, i.e., uma fonte de autoridade externa ao discurso jurídico. É o que ocorre quando decisores jurídicos de formação generalista, com escasso treinamento em pesquisa econômica, e.g., juízes, recorrem à opinião especializada de economistas para justificar certa interpretação consequentialista do direito. Parece-nos que seriam esses os usos mais comuns da AED na prática jurídica.

Pensemos, todavia, em situações mais complexas, nas quais o decisor jurídico possui suficiente treinamento econômico, de modo que também ele possa ser considerado um *expert* nesse campo. É o que pode ocorrer, e.g., com um conselheiro do CADE, cuja formação acadêmica principal seja em Economia, não em Direito. Suponhamos ainda que esse conselheiro, mesmo diante de suas outras responsabilidades institucionais, tenha tempo e interesse em conduzir por ele mesmo análises econômicas em um caso antitruste controverso (i.e. um *hard case*), para o qual tenha sido designado relator. Esse conselheiro, que se vale da AED para estimar as prováveis consequências econômicas de diferentes leituras da legislação concorrencial, sustenta a interpretação que permitirá uma decisão mais adequada à promoção do bem-estar social.

Nesse caso, poder-se-ia enquadrar a argumentação AED construída pelo conselheiro do CADE também dentro de uma estrutura lógica baseada no argumento de autoridade? Se ele mesmo é um *expert* em Economia, a fonte autorizada de conhecimento a partir da qual se constrói a argumentação AED estaria localizada *dentro* do próprio discurso jurídico. Sendo assim, não seria paradoxal que um *expert* recorresse ao conhecimento especializado que ele próprio possui para fundamentar sua argumentação na autoridade científica da qual ele mesmo está investido?

³⁸⁰ Ver, e.g., LIANOS, “Judging” Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation, p. 237 e ss.

Em resposta às perguntas acima, entendemos que, mesmo nessas situações incomuns, a estrutura do argumento de autoridade ainda oferece critérios úteis para avaliar a plausibilidade da argumentação AED. Dizemos isso por dois motivos. Primeiro porque, embora o proponente da argumentação AED possa ser considerado um *expert* em Economia, sua contraparte no debate argumentativo não necessariamente o será. Como se sabe, em processos judiciais e administrativos, os julgadores justificam suas decisões em resposta aos pedidos e alegações de outras partes processuais, cujo treinamento formal em Economia, mesmo de seus representantes, não pode ser pressuposto.³⁸¹

Reconhecemos que, dentro de uma discussão argumentativa, disputas sobre um ponto de vista são resolvidas a partir do oferecimento de razões suficientes para que dúvidas quanto à sua aceitabilidade sejam dissipadas, ou para que o ponto de vista contrário seja retirado do debate.³⁸² Naturalmente, se a argumentação é escolhida como forma de solucionar uma diferença de opiniões, os argumentos para aceitação de um ponto de vista deverão ser necessariamente compreensíveis pela parte contrária,³⁸³ permitindo-lhe reagir adequadamente para contestar a suficiência das razões apresentadas.³⁸⁴

Por isso, ainda que a argumentação AED seja avançada por um debatedor versado em Economia, seus argumentos consequencialistas devem ser submetidos a um exame dialético. A plausibilidade de argumentos baseados em teoria econômica exigirá assim que o debatedor-respondente possa criticar o uso desse conhecimento especializado mesmo que ele próprio seja incapaz de compreendê-lo tecnicamente. Dito de outro modo, a possibilidade de o respondente da argumentação AED não ser *expert* em Economia impõe que a plausibilidade dos argumentos consequencialistas dependa não do conteúdo do conhecimento econômico, mas das condições pelas quais esse conhecimento possa ser presumido legítimo.

³⁸¹ Na verdade, o fato corrente de as partes contratarem seus próprios *experts* em Economia, como pareceristas ou testemunhas técnicas, demonstra que nem elas, tampouco seus advogados, possuem expertise suficiente para avaliar com profundidade o conhecimento econômico relevante para a aplicação do direito.

³⁸² Ver EEMEREN; GROOTENDORST; SNOECK HENKEMANS, *Argumentation*, p. 23.

³⁸³ Por isso a relevância das regras para uma discussão argumentativa racional, como o código de conduta proposto pela teoria pragma-dialética. Ver *Ibid.*, p. 26.

³⁸⁴ Novamente, aproximando a AED da prova econômica, a garantia de um debate racional entre as partes processuais parece ser a justificativa para se recorrer à opinião de um perito mesmo nos casos em que o juiz seja, ele mesmo, um *expert*. De fato, ainda que o juiz possua conhecimento técnico-científico relevante à resolução da demanda, o regime processual proíbe que se dispense a produção de prova pericial. Cf. MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. II, p. 381 (“A elucidação do fato que requer conhecimento técnico não interessa apenas ao juiz, mas fundamentalmente às partes, que têm o *direito de discutir de forma adequada* a questão técnica, mediante, se for o caso, a indicação de assistentes técnicos”) (destaque nosso).

Na perspectiva de um debatedor leigo, portanto, a argumentação AED incluirá sempre um componente de autoridade, ainda que o proponente do argumento seja um *expert*. Nesse caso, todavia, a fonte de autoridade não seria a pessoa do *expert*, enquanto terceiro externo ao discurso jurídico, mas, como já afirmamos, a própria ciência econômica, representada pelo corpo de conhecimento produzido pela comunidade de acadêmicos.³⁸⁵ Assim, no julgamento de certo caso de antitruste, um conselheiro economista poderia avançar uma argumentação AED baseando-se em proposições teóricas produzidas a partir de seu próprio conhecimento em Economia.

O maior peso argumentativo dessas proposições econômicas decorreria da presumida aceitabilidade de seu conteúdo preditivo sobre o funcionamento dos mercados, relativamente a outras proposições eventualmente produzidas por não especialistas no campo. Esse peso argumentativo, por sua vez, reflete o reconhecimento da legitimidade dos métodos e modelos teóricos produzidos por uma comunidade acadêmica dotada de autoridade da qual esse conselheiro, enquanto *expert*, também participa.

Isso nos leva ao segundo motivo pelo qual acreditamos que a estrutura lógica do argumento de autoridade seja útil na análise da argumentação AED. Para tanto, retomamos aqui a distinção entre raciocínio prático e teórico já referida anteriormente. Embora se reconheça que os juízes e outros decisores argumentam para sustentar proposições teóricas que descrevem os fatos relevantes para a resolução de uma demanda, isso não afeta a natureza essencialmente prática do discurso jurídico. Já sustentamos esse ponto na seção 4.3.1 acima.

De fato, a argumentação teórica no direito não se confunde com os argumentos construídos por economistas em debates acerca da validade de modelos teóricos. Como o raciocínio jurídico é derrotável, as inferências sobre a melhor descrição dos fatos da demanda são baseadas em presunções, pelas quais se alcança, como conclusão, proposições teóricas que se consideram apenas aceitáveis. Por outro lado, as inferências na argumentação teórica em Economia são indutivas, formuladas a partir de generalizações estatísticas e correlações entre fatos econômicos observáveis.³⁸⁶

Se considerarmos que proposições preditivas derivadas de modelos econômicos são empregadas na argumentação jurídica não como apelos à autoridade científica, mas como recurso direto ao conhecimento teórico, a aceitabilidade dessas proposições dependeria

³⁸⁵ Ver PAGE; LOPATKA, *Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases*, p. 619.

³⁸⁶ Como já dissemos na Introdução, a questão sobre se a ciência econômica positiva de fato entrega o que promete, mesmo com toda a sua formalização matemática, não nos interessa aqui. Embora extremamente relevante, esse debate metodológico foge ao escopo deste trabalho.

então de um exame dialético com o qual o decisor jurídico não está familiarizado. Nesse caso, uma discussão crítica abordada com argumentação AED envolveria tópicos como a disponibilidade e interpretação de evidências empíricas, ou as vantagens comparativas de um modelo econômico diante de outras formulações teóricas, as quais poderiam oferecer explicações alternativas sobre o comportamento de firmas e consumidores nos mercados.

Debatedores racionais, no caso acima, apenas participariam de tal discussão crítica se ambos possuíssem treinamento formal em Economia, pois, do contrário, seria impossível o atingimento de uma solução argumentativa para disputas acerca de uma tese jurídica. Mais do que dispor de um conhecimento especializado, debatedores precisariam construir argumentos de outra natureza, na medida em que as reações críticas enfatizariam aspectos metodológicos da pesquisa econômica, ao invés do conteúdo das normas jurídicas ou dos valores a serem promovidos pelo direito.

Em suma, a argumentação AED pode ser analisada também como um argumento de autoridade, a despeito do conhecimento técnico de debatedores que proponham argumentos consequencialistas baseados em teoria econômica. Isso porque as discussões argumentativas sobre o direito e, mais amplamente, o discurso jurídico desenvolvem-se segundo um critério de correção particular à comunidade jurídica. Ainda que os debatedores pudessem, e quisessem, discutir o mérito científico de proposições teóricas derivadas da Economia, o debate jurídico continuaria pautado pela *correção normativa* de proposições práticas.³⁸⁷ Isso sempre distinguirá o discurso jurídico daquele produzido pela Economia, enquanto ciência positiva, no qual o critério de correção é a veracidade das proposições que descrevem ou preveem fatos empíricos.³⁸⁸

4.4 Justificativa da ineficiência e argumentos de autoridade

Partindo da teoria pragma-dialética, identificamos ao longo deste capítulo a estrutura da argumentação AED, adotando, para tanto, dois subesquemas argumentativos: o argumento consequencialista e o argumento de autoridade. Demonstramos que o componente de autoridade é determinante para a plausibilidade dessa forma argumentação e que os critérios lógicos para sua avaliação, relativos aos apelos à opinião especializada,

³⁸⁷ Cf. TUORI, Kaarlo, Two Challenges to Normative Legal Scholarship, **Scandinavian Studies in Law**, v. 53, p. 177, 2008, p. 187 (“*Facts are relied on in finding and justifying the correct interpretation of norms – in establishing, not the truth about facts, but the ‘truth’ about norms. And if it turns out that the court was mistaken in its prediction of subsequent developments in extra-legal reality, this does not, as a rule, strip the decision of its legal validity*”).

³⁸⁸ Ver *Ibid.*, p. 184.

são realmente cabíveis a argumentos jurídicos baseados em teoria econômica. Agora, podemos finalmente retomar a justificativa da ineficiência, enquanto argumento hipotético para a descontinuidade das medidas de emprego no controle de concentrações.

Como visto no Capítulo III, supomos que a justificativa da ineficiência seja um argumento interpretativo pelo qual se poderia sustentar uma leitura dos textos normativos que limite a competência do CADE à utilização de remédios antitruste apenas em mercados de consumo. Com essa interpretação jurídica restritiva, as medidas de emprego acabariam excluídas do repertório de remédios disponíveis ao Conselho, o que evitaria perdas de bem-estar decorrentes de sua eventual aplicação. Essa rejeição às medidas de emprego, enquanto escolha de implementação da política concorrencial, seria motivada pela ineficiência resultante do próprio desenho desses remédios antitruste. Isso porque, aplicados esses remédios, as obrigações impostas às empresas-parte tornar-se-iam uma intervenção antitruste desnecessária, já que o exercício de poder de monopólio pelos empregadores seria improvável mesmo após o ato de concentração.

Portanto, a justificativa da ineficiência, como formulada aqui, tem a forma de um argumento consequencialista. Sua premissa fundamental, como veremos, é uma proposição que descreve o funcionamento competitivo dos mercados de trabalho. Partindo dessa premissa teórica, poder-se-ia concluir, ao final da cadeia argumentativa, que as medidas de emprego são remédios antitruste desproporcionais e, conseqüentemente, ineficientes. Entretanto, a despeito dos fundamentos econômicos, nossa tese é que argumentos como a justificativa da ineficiência, produzidos pela AED, podem se tornar falaciosos quando empregados em discussões críticas sobre o direito. Dito de outro modo, detalhando a tese já apresentada na Introdução, sustentamos que a justificativa da ineficiência seria inaceitável logicamente como argumento em favor da descontinuidade das medidas de emprego. Vejamos abaixo como essa tese normativa pode ser desenvolvida.

De modo geral, um argumento é considerado plausível se (i) suas premissas forem aceitáveis; (ii) o raciocínio empregado no argumento for válido; e (iii) o esquema argumentativo pertinente for adequado e corretamente utilizado.³⁸⁹ Para avaliarmos as condições de plausibilidade da justificativa da ineficiência, interessa-nos aqui, principalmente, o uso incorreto de esquemas dentro da argumentação AED. Como vimos na seção 4.1 acima, a pragma-dialética, enquanto teoria geral da argumentação, define a falácia como qualquer movimento argumentativo irregular que impeça a resolução racional

³⁸⁹ Ver EEMEREN; GROOTENDORST; SNOECK HENKEMANS, *Argumentation*, p. 93.

de uma diferença de opiniões. Em outras palavras, são tidos como ilegítimos os movimentos que violem o código de conduta para discussões críticas. Seguindo esse protocolo dialético, consideram-se corretamente utilizados os esquemas argumentativos cujas respectivas questões críticas são – ou ao menos possam ser – respondidas adequadamente.

Na medida em que perguntas são postas e respondidas ao longo do procedimento dialético, ocorrem inversões do ônus argumentativo entre os debatedores, de modo que, ao final da argumentação, questões não satisfatoriamente enfrentadas diminuem a força do argumento proposto.³⁹⁰ Para determinar quais questões críticas nos são relevantes, propomos uma reconstrução racional da justificativa de ineficiência, supondo que esse argumento hipotético fosse de fato empregado pelo CADE. Essa etapa analítica, em princípio, busca identificar os argumentos desenvolvidos dentro de uma cadeia argumentativa concreta. Entretanto, como empregada aqui, a técnica da reconstrução racional permite-nos identificar exatamente quais razões incluídas na argumentação AED devem ser atacadas para que se possa refutá-la.

Vejamos como a justificativa da ineficiência poderia ser reconstruída dentro de uma cadeia argumentativa complexa, elaborada a partir de esquemas e subesquemas argumentativos. Para sua melhor visualização, adotamos a notação própria da teoria pragma-dialética,³⁹¹ iniciando o diagrama com a conclusão final da argumentação, i.e., a proposição cujo conteúdo afirma o ponto de vista defendido.³⁹²

Nível 1: argumento consequencialista (subesquema argumentativo)

1. A interpretação da legislação concorrencial que impede a utilização de remédios antitruste nos mercados de trabalho é desejável.

1.1a A utilização de remédios antitruste nos mercados de trabalho reduz o bem-estar social.

(1.1b') (A promoção do bem-estar social é um objetivo desejável.)

Nível 2: argumento de comparação (esquema argumentativo básico)

1.1a A utilização de remédios antitruste nos mercados de trabalho reduz o bem-estar social.

³⁹⁰ Ver WALTON, Douglas N., Visualization Tools, Argumentation Schemes and Expert Opinion Evidence in Law, *Law, Probability and Risk*, v. 6, n. 1-4, p. 119–140, 2007, p. 120.

³⁹¹ Sobre a notação pragma-dialética para a estruturação e análise de argumentos, cf. EEMEREN; GROOTENDORST; SNOECK HENKEMANS, *Argumentation*, p. 63.

³⁹² Ao final deste Capítulo, apresentamos a estrutura lógica da justificativa da ineficiência sintetizada também na forma de um fluxograma. Cf. Figura 1 abaixo.

1.1a.1a Os mercados de trabalho competitivos são similares aos mercados de consumo competitivos.

1.1a.1b A utilização de remédios antitruste em mercados de consumo competitivos reduz o bem-estar social.

1.1a.1c Os mercados de trabalho são geralmente competitivos.

Nível 3: argumento de autoridade (subesquema argumentativo)

1.1a.1b A utilização de remédios antitruste em mercados de consumo competitivos reduz o bem-estar social.

1.1a.1b.1a A Economia é uma fonte de conhecimento especializado sobre o funcionamento dos mercados.

1.1a.1b.1b A Economia afirma que a utilização de remédios antitruste em mercados de consumo competitivos reduz o bem-estar social.

1.1a.1b.1c A proposição de que a utilização de remédios antitruste em mercados competitivos reduz o bem-estar social está contida na área de conhecimento especializado sobre o funcionamento dos mercados.

1.1a.1c *Os mercados de trabalho são geralmente competitivos.*

1.1a.1c.1a A Economia é uma fonte de conhecimento especializado sobre o funcionamento dos mercados.

1.1a.1c.1b A Economia afirma que os mercados de trabalho são geralmente competitivos.

1.1a.1c.1c A proposição de que os mercados de trabalho são geralmente competitivos está contida na área de conhecimento especializado sobre o funcionamento dos mercados.

Como exposto acima, a justificativa da ineficiência desenvolve-se como uma cadeia argumentativa composta por três níveis. No primeiro deles, o ponto final da argumentação AED, encontra-se um argumento consequencialista cuja conclusão *1* é a proposição prática afirmando que a interpretação contrária à utilização das medidas de emprego é a leitura desejável da legislação concorrencial. Esse juízo de valor quanto à desejabilidade da interpretação jurídica proposta deriva da premissa *1.1b*, uma proposição meramente implícita, já que a definição do bem-estar social como um dos objetivos do antitruste não é disputada naquela argumentação.

A premissa *1.1a*, por sua vez, é a proposição teórica que estabelece o nexo causal entre medidas de emprego e perdas de bem-estar. A aceitabilidade dessa premissa depende da plausibilidade do argumento encontrado no segundo nível da argumentação. Embora o argumento de comparação, como esquema argumentativo básico, não seja essencial à argumentação AED, sua utilização indica-nos o raciocínio que o CADE poderia empregar

para garantir a aceitabilidade da premissa *1.1a*. De fato, a escassez de literatura antitruste voltada à análise econômica das medidas de emprego impõe uma comparação entre mercados de trabalho e mercados de consumo, no tocante a eventuais ineficiências dos remédios antitruste. Nesse argumento analógico, a premissa *1.1a.1a* afirma a similaridade entre os mercados comparados. Assim, sendo ambos competitivos, como estabelecido nas premissas *1.1a.1b* e *1.1a.1c*, podem-se aproximar os mercados de consumo aos mercados de trabalho, estendendo-se para esse último a relação de causalidade entre a utilização remédios antitruste e a redução do bem-estar social.

Por fim, no terceiro nível, encontramos dois argumentos de autoridade. Na conclusão *1.1a.1b*, afirma-se a aceitabilidade da proposição que estabelece a relação de causalidade entre a aplicação de remédios antitruste em mercados de consumo competitivos e a redução do bem-estar social. Garante-se a plausibilidade desse argumento a partir das premissas *1.1a.1b.1a*, *1.1a.1b.1b* e *1.1a.1b.1c*, já que a proposição teórica sobre a ineficiência dos remédios integra o campo de conhecimento (i.e. a Economia) da fonte consultada (i.e. um economista). Desse modo, a fonte de conhecimento especializado confirma, com sua autoridade científica, que aquela proposição pode ser aceita como verdadeira.

No segundo argumento de autoridade, a conclusão *1.1a.1c* afirma uma proposição sobre o funcionamento dos mercados de trabalho. Essa premissa da justificativa da ineficiência é aquela a que nos referimos acima como fundamental para a plausibilidade da justificativa da ineficiência. A aceitabilidade dessa proposição teórica decorreria das premissas *1.1a.1c.1a*, *1.1a.1c.1b* e *1.1a.1c.1c*, pelas quais se certifica, com a autoridade da Economia, que a afirmação de que os mercados de trabalho operam, em regra, de modo competitivo pode ser considerada verdadeira. Percebe-se assim que a justificativa da ineficiência depende, em última análise, de um argumento de autoridade da ciência econômica, viz., uma opinião especializada que descreve o padrão de concorrência que prevalece nos mercados de trabalho. Obviamente, se esse argumento desnaturar-se em um apelo ilegítimo à autoridade, i.e., uma falácia *ad verecundiam*, a justificativa da ineficiência não seria plausível enquanto argumentação AED.

Sobre a plausibilidade dos apelos à opinião especializada, vimos que Walton³⁹³ propõe que o argumento de autoridade seja avaliado a partir de seis questões críticas

³⁹³ WALTON, *Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority*, p. 223.

gerais.³⁹⁴ Entretanto, porque na argumentação AED a fonte de conhecimento especializado é a própria literatura econômica, sabemos que a interação dialética entre debatedor leigo e *expert* ocorrerá a partir de um material documental (e.g. relatórios, notas técnicas, publicações científicas). Isso significa que as proposições teóricas que integram o componente consequencialista da argumentação AED são extraídas de uma fonte escrita, com a qual o debatedor dialogará apenas presumidamente.

Mais ainda, como na argumentação AED recorre-se à autoridade da Economia, enquanto ciência, aspectos individuais sobre a pessoa do *expert* tornam-se menos relevantes como condições de plausibilidade do argumento. Por isso, na avaliação de argumentos de autoridade construídos a partir da AED, podemos nos concentrar nas questões críticas relativas às provas que sustentam a opinião oferecida pelo *expert* e à consistência de suas conclusões dentro de seu campo de especialidade. De fato, parece-nos que a aceitação de uma opinião especializada por outros *experts* é o critério lógico definitivo para determinarmos se o apelo à autoridade da Economia na argumentação AED é legítimo.

Recorrendo-se à literatura econômica na argumentação jurídica, se a opinião do economista consultado for inconsistente com a visão de seus pares, o debatedor-proponente deve apresentar as razões que expliquem essa divergência de entendimentos.³⁹⁵ Caso o proponente da argumentação AED não seja capaz de explicar a inconsistência da opinião especializada ou, mais ainda, caso o argumento ignore deliberadamente esse dissenso entre *experts*, o esquema argumentativo seria empregado incorretamente, implicando uma violação do código de conduta para discussões críticas.³⁹⁶

Nessa última situação, ao se desconsiderar o problema da inconsistência entre economistas, a argumentação AED acabaria bloqueando as críticas do debatedor-respondente, impedindo o desenvolvimento de um debate racional. Ocorreria assim um *argumentum ad verecundiam*, na medida em que o apelo à autoridade transforma-se em uma estratégia para impedir, de antemão, que questões críticas sejam

³⁹⁴ Pare recordar as questões críticas associadas ao subesquema do argumento de autoridade, cf. a seção 4.2 acima.

³⁹⁵ Cf. WALTON, **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**, p. 221.

³⁹⁶ É verdade que toda disciplina acadêmica desenvolve-se a partir de dissensos e conflitos. No tocante à Economia, basta recordarmos as diferentes escolas de pensamento e programas de pesquisa como ilustração do desacordo entre economistas. Mesmo assim, parece ser possível identificar, ao menos dentro do programa neoclássico, certo consenso teórico que permitiu a incorporação de um conhecimento econômico básico mesmo pelo senso comum. Nesse sentido, distinguindo entre o recurso à autoridade econômica e às leis da Economia na interpretação do direito concorrencial, sendo essas “leis econômicas” conceitos de aceitação geral por decisores jurídicos leigos, ver LIANOS, “Judging” Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation, p. 246.

lançadas ao debate.³⁹⁷ De fato, quando se apela ao conhecimento científico na argumentação jurídica, o risco de que um argumento de autoridade torne-se falacioso aumenta em função do efeito halo (*halo effect*) da ciência,³⁹⁸ i.e., a reconhecida reverência social à opinião dos cientistas, dentre os quais incluímos os economistas.

Dito tudo isso, retornemos agora à justificativa da ineficiência. Se a premissa *I.1a.1c*, pela qual se afirma que mercados de trabalho são geralmente competitivos, não for uma proposição reconhecida como verdadeira pela comunidade acadêmica, a conclusão de que as medidas de emprego reduzem o bem-estar social torna-se inaceitável. Nesse sentido, como veremos no próximo capítulo, parece haver uma razoável divergência entre economistas acerca dos padrões de concorrência que melhor descrevem os mercados de trabalho. Veremos ainda que a literatura antitruste não permite uma resolução racional para esse dissenso interno à ciência econômica. Com isso, nossa tese será demonstrada.

³⁹⁷ Cf. WALTON, *Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority*, p. 228.

³⁹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 260.

CADEIA ARGUMENTATIVA: JUSTIFICATIVA DA INEFICIÊNCIA

Figura 1- Cadeia argumentativa da justificativa da ineficiência

V. PODER DE MONOPSÔNIO E CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TRABALHO

No capítulo anterior, utilizamo-nos da teoria pragma-dialética para analisar a estrutura básica da argumentação AED. Isso nos permitiu determinar suas condições de plausibilidade a partir da combinação dos esquemas argumentativos consequencialista e de autoridade, compondo esse último a base da cadeia de argumentos produzida pela AED. Seguimos depois para a reconstrução racional da justificativa de ineficiência, por meio da qual identificamos sua premissa fundamental, viz., a proposição pela qual se afirma que “os mercados de trabalho são geralmente competitivos.”

Vimos também que a aceitabilidade daquela proposição teórica decorre de um argumento de autoridade científica, cuja plausibilidade, por sua vez, exige o reconhecimento da opinião especializada sobre os mercados de trabalho pelos demais *experts* naquela área de conhecimento. Concluímos então que, utilizando-se da justificativa da ineficiência, enquanto argumento para a descontinuidade das medidas de emprego, o CADE deveria necessariamente considerar o eventual dissenso na comunidade econômica quanto ao funcionamento daqueles mercados.

Mais do que admitir esse desacordo entre *experts*, a plausibilidade da justificativa da ineficiência exigiria que a divergência entre a opinião econômica adotada – i.e., a premissa fundamental daquela forma de argumentação AED – e o entendimento dos demais economistas fosse solucionada. Sendo deliberadamente ignoradas as possíveis disputas entre *experts*, o argumento de autoridade econômica e, por consequência, a cadeia argumentativa que constitui a justificativa da ineficiência, poderia se tornar falaciosa. Resta-nos demonstrar agora por que a justificativa da ineficiência pode se desnaturar em um *argumentum ad verecundiam*.

Dito isso, começamos este último capítulo revisando informalmente modelos econômicos e estudos empíricos cujos resultados contrastam com a visão corrente de que os mercados de trabalho são competitivos. Desenvolvemos a ideia de concorrência imperfeita naqueles mercados a partir dos modelos de monopsônio dinâmico, conforme proposto por Manning.³⁹⁹ Com isso, revela-se a possibilidade teórica de que empresas em

³⁹⁹ Para uma visão completa do modelo de monopsônio dinâmico analisado aqui, cf. MANNING, Alan, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, Princeton: Princeton University Press, 2003. Sobre as críticas à proposta de Manning, cf., e.g., KUHN, Peter, Is Monopsony the Right Way to Model Labor Markets? A Review of Alan Manning's Monopsony in Motion, **International Journal of the Economics of Business**, v. 11, n. 3, p. 369–378, 2004.

geral exerçam poder de mercado sobre seus empregados para reduzir a quantidade de trabalho contratada e os salários oferecidos.

Em seguida, recorreremos à literatura antitruste para avaliar como se justificaria uma opinião econômica sobre o funcionamento competitivo dos mercados de trabalho, a despeito da incerteza quanto à validade empírica dos modelos de concorrência imperfeita. Para tanto, concentramo-nos na análise de Wright sobre o problema da seleção do modelo (*model selection problem*) na aplicação do direito concorrencial.⁴⁰⁰ Por fim, identificamos as críticas à sua proposta de solução baseada na teoria da decisão – i.e., a *doutrina do custo do erro antitruste* –, bem como suas implicações para a plausibilidade da justificativa da ineficiência.

5.1 Concorrência imperfeita nos mercados de trabalho

A despeito de um aparente consenso entre economistas,⁴⁰¹ a representatividade do modelo de concorrência perfeita, enquanto descrição dos mercados de trabalho, não é incontestável nem mesmo no programa neoclássico. Essas limitações no conhecimento econômico, resultantes de uma indeterminação teórica quanto ao funcionamento daqueles mercados, ganham relevância neste trabalho no que toca à validade empírica dos modelos de monopsonio.⁴⁰² É o que veremos a seguir.

⁴⁰⁰ WRIGHT, Joshua D., Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, p. 241–271, 2012.

⁴⁰¹ Relatando esse aparente consenso, o escasso interesse dos economistas quanto aos modelos de monopsonio nos mercados de trabalho, cf. MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 10 (“[G]eneral impression given by most textbooks is that employers have negligible market power over their workers or that this is, at best, a trivial side issue”). Referências a esse aparente consenso quanto ao funcionamento competitivo dos mercados de trabalho surgem também na literatura norte-americana em Direito & Economia. Cf., e.g., WACHTER, Michael L., Neoclassical Labor Economics: Its Implications for Labor and Employment Law, in: WACHTER, Michael L.; ESTLUND, Cynthia L. (Org.), **Research Handbook on the Economics of Labor and Employment Law**, Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 24 (“[T]here is little evidence of material monopsony power in U.S.”); JOLLS, Christine, Employment Law, in: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Org.), **Handbook of Law and Economics**, Boston: Elsevier, 2007, v. 2, p. 1356 (“[M]onopsony-based market failure [...], while of theoretical interest, is generally believed to have limited practical importance”); CHEPAITIS, Daniel J., The National Labor Relations Act, Non-Paralleled Competition, and Market Power, *California Law Review*, v. 85, n. 4, p. 769, 1997, p. 780-1 (“[M]ost economists and legal theorist accept that [...] the exercise of market power by employing firms is not a serious issue in contemporary America”); e EPSTEIN, Richard A., **Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws**, Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 87 (“Employment markets are normally competitive, but they need not remain so if government is allowed to set terms with which all firms must comply”).

⁴⁰² Para uma revisão da literatura sobre modelos clássicos de monopsonio no mercado de trabalho, cf. BOAL, William M.; RANSOM, Michael R., Monopsony in the Labor Market, *Journal of Economic Literature*, p. 86–112, 1997.

Sabe-se que o empregador monopsonista, enquanto único contratante da força de trabalho ofertada, não é um simples *tomador de preço*, i.e., sua decisão quanto à contratação de mão de obra não tem como parâmetro salarial um valor constante. De fato, para esse empregador, a quantidade de trabalho contratada afeta o próprio nível salarial corrente no mercado.⁴⁰³ Isso ocorre porque, enquanto monopsonista, a empresa enfrenta uma oferta de trabalho que não é perfeitamente elástica.⁴⁰⁴ Desse modo, ao decidir sobre a quantidade ótima de trabalho a contratar, o monopsonista emprega um número inferior de trabalhadores se comparado às contratações em um mercado de trabalho competitivo.⁴⁰⁵

Mais ainda, o empregador monopsonista torna-se capaz de reduzir os salários pagos, sem que, em resposta, todos os seus empregados abandonem imediatamente seus postos, como ocorreria segundo o modelo de concorrência perfeita. Em outras palavras, dada a elasticidade imperfeita na oferta de trabalho, os empregados de um monopsonista tolerariam uma eventual redução salarial, levando à transferência de parte de seu excedente econômico para o empregador. Daí a ideia de exploração monopsonista, a que nos referimos no Capítulo III. Na verdade, a medida da exploração resultante do monopsonio clássico é análoga ao famoso Índice Lerner, relativo à extensão do poder de econômico em mercados de consumo.⁴⁰⁶

Entretanto, quando nos referimos à concorrência imperfeita nos mercados de trabalho, não se supõe que sua melhor descrição seja um monopsonio *stricto sensu*, i.e., uma estrutura de mercado na qual se encontra um único empregador. Segundo Bhaskar et al., uma teorização mais realista sobre a concorrência imperfeita nos mercados de trabalho seriam os modelos de oligopsonio ou concorrência monopsonista, em que várias empresas detêm algum grau de poder de mercado sobre os trabalhadores.⁴⁰⁷ Essa abordagem teórica mostrar-se-ia mais satisfatória como explicação para fatos econômicos que parecem contradizer predições derivadas de modelos de concorrência perfeita.

De fato, há uma série de fenômenos, já constatados empiricamente nos mercados de trabalho, que poderiam ser melhor compreendidos a partir de modelos de concorrência imperfeita.⁴⁰⁸ O poder de mercado dos empregadores explicaria, e.g., o fato de que trabalhadores com as mesmas características acabam recebendo salários distintos se

⁴⁰³ Ver BLAIR; HARRISON, *Monopsony in Law and Economics*, p. 44.

⁴⁰⁴ Cf. ASHENFELTER; FARBER; RANSOM, *Labor Market Monopsony*, p. 205.

⁴⁰⁵ Ver BLAIR; HARRISON, *Monopsony in Law and Economics*, p. 44.

⁴⁰⁶ Ver BOAL; RANSOM, *Monopsony in the Labor Market*, p. 88.

⁴⁰⁷ BHASKAR, Venkataraman; MANNING, Alan; TO, Ted, *Oligopsony and Monopsonistic Competition in Labor Markets*, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 2, p. 155–174, 2002, p. 156.

⁴⁰⁸ Ver *Ibid.*, p. 165.

contratados por diferentes empresas.⁴⁰⁹ É o que se conhece na literatura econômica como dispersão salarial (*wage dispersion*). Do mesmo modo, modelos de concorrência imperfeita poderiam explicar por que, na prática dos mercados, empregadores financiam o treinamento de seus empregados para a aquisição de habilidades não específicas à sua função na empresa.⁴¹⁰

Em mercados competitivos, os empregadores teriam incentivos para oferecer apenas um treinamento específico a seus empregados, já que as habilidades adquiridas não seriam facilmente aproveitadas em outras empresas, caso os trabalhadores abandonassem o empregador logo após sua qualificação. Entretanto, se considerarmos que esse empregador possui algum poder de mercado, as empresas poderiam financiar também um treinamento em habilidades gerais para seus empregados. Isso porque o empregador monopsonista seria capaz de recuperar os investimentos mesmo antes do eventual desligamento dos empregados, compensando os gastos com treinamento ao lhes pagar salários infracompetitivos, i.e., inferiores ao nível salarial em mercados competitivos.⁴¹¹

Os modelos de concorrência imperfeita também explicariam por que ainda se encontram nos mercados de trabalho práticas discriminatórias baseadas em gênero ou etnia. Embora mercados competitivos criem um incentivo natural contrário à discriminação, em mercados oligopsonistas alguns poucos empregadores já conseguiriam afetar os salários oferecidos aos grupos discriminados, já que vagas de emprego disponíveis não seriam substitutos perfeitos entre si.⁴¹² Essa heterogeneidade entre postos de trabalho, por sua vez, impediria que os trabalhadores discriminados reagissem aos menores salários recorrendo a outros empregadores.

Mais ainda, os modelos de concorrência imperfeita explicariam por que a regulação dos mercados de trabalho (e.g. salário mínimo) poderia ter um efeito positivo sobre o nível de emprego de algumas empresas. Em mercados competitivos, a fixação de um piso salarial acima do equilíbrio de mercado acabaria criando desemprego, já que os empregadores reduziriam a quantidade de trabalho contratada. Entretanto, em mercados oligopsonistas, a regulação que estabelecesse um salário mínimo poderia levar a uma maior contratação de empregados por empresas com poder de mercado, elevando assim seu

⁴⁰⁹ *Ver Ibid.*

⁴¹⁰ *Ver Ibid.*, p. 166.

⁴¹¹ *Ver Ibid.*

⁴¹² *Ver Ibid.*

nível de emprego.⁴¹³ Esses modelos de concorrência imperfeita, portanto, ofereceriam uma explicação para os resultados dos estudos empíricos que relacionam o aumento do salário mínimo e a elevação do nível geral de emprego,⁴¹⁴ como aqueles conduzidos por Card e Krueger nos EUA.⁴¹⁵

Obviamente, o reconhecimento do poder de monopsonio nos mercados de trabalho não poderia ser uma decorrência apenas das evidências teóricas acima, relativas às vantagens dos modelos de oligopsonio ou concorrência monopsonista como teoria explicativa. Parte da literatura econômica volta-se à análise do poder de monopsonio a partir do grau de concentração nos mercados de trabalho.⁴¹⁶ Nesse aspecto, estudos clássicos parecem descartar a ideia de que os mercados de trabalho sejam excessivamente concentrados.⁴¹⁷

Entretanto, os modelos de monopsonio mais recentes não dependem necessariamente da estrutura de mercado, i.e., o número e o tamanho relativo das empresas a que os trabalhadores podem oferecer seus serviços. Ao contrário, esses modelos econômicos pressupõem que as oportunidades de trabalho disponíveis são heterogêneas, distinguindo-se, e.g., no tocante às habilidades requeridas para o emprego ou à localização geográfica da empresa na qual o trabalho será realizado (*job differentiation models*). Outros tipos de modelos de monopsonio têm como pressuposto que fricções nos mercados de trabalho criam custos de mobilidade, na medida em que a procura por emprego imporia aos trabalhadores gastos de tempo e dinheiro nada desprezíveis (*job search models*).⁴¹⁸

5.1.1 O monopsonio dinâmico de Manning

Seguindo essa abordagem, Manning propõe a teoria do monopsonio dinâmico: um modelo no qual, grosso modo, o recrutamento de empregados é fator determinante para avaliar o funcionamento competitivo dos mercados de trabalho. O nível de emprego nesses

⁴¹³ Ver *Ibid.*, p. 167. Por outro lado, como afirmam Bhaskar e To, salários mínimos em mercados de trabalho em situações de oligopsonio ou concorrência monopsonista poderiam também reduzir o nível de emprego das empresas empregadoras. Entretanto, mesmo nesses casos, a redução seria comparativamente menor do que aquela que ocorreria em mercados perfeitamente competitivos.

⁴¹⁴ Ver *Ibid.*, p. 168.

⁴¹⁵ CARD, David; KRUEGER, Alan B., Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania, **The American Economic Review**, v. 84, n. 4, p. 772–793, 1994.

⁴¹⁶ Ver BHASKAR; MANNING; TO, Oligopsony and Monopsonistic Competition in Labor Markets, p. 170.

⁴¹⁷ Cf. BOAL; RANSOM, Monopsony in the Labor Market, p. 104 (reconhecendo que “[t]he body of evidence from studies comparing concentration with wages fails to be convincing”).

⁴¹⁸ Ver MANNING, Alan, The Real Thin Theory: Monopsony in Modern Labour Markets, **Labour Economics**, v. 10, n. 2, p. 105–131, 2003, p. 107.

modelos expressaria um equilíbrio entre o volume de novas contratações e a quantidade de empregados que se desligam da empresa, o que, por sua vez, dependeria dos salários oferecidos pelo empregador.⁴¹⁹ Por isso, a concorrência nos mercados de trabalho poderia ser estimada a partir da análise do fluxo de contratação de empregados por empresas concorrentes.

Segundo Manning, “[w]hat limits the ability of employers to lower wages is the ability of workers to leave for another employer.”⁴²⁰ Isso significa que a efetiva possibilidade de os trabalhadores abandonarem seus empregos diante do exercício do poder de monopsonio por empregadores é a existência de ofertas de trabalho por outras empresas. Assim, o grau de concorrência nos mercados de trabalho pode ser inferido pela potencial mobilidade dos trabalhadores entre diferentes empresas.⁴²¹ Considerado o fluxo de contratações de uma empresa, a parcela de trabalhadores oriundos de seus concorrentes, que abandonaram seus postos de trabalho em outras empresas, torna-se referência para a rivalidade no mercado.⁴²² Disso decorre que, no modelo de Manning, a proporção, no fluxo de contratações, de trabalhadores anteriormente desempregados, i.e., aqueles não recrutados de outros empregadores, indica a extensão do poder de monopsonio das empresas.⁴²³

Assim como ocorre no monopsonio estático (modelo clássico), o custo de um empregado adicional no monopsonio dinâmico aumenta em função do nível de emprego da empresa.⁴²⁴ Entretanto, no modelo dinâmico, esses gastos dizem respeito não apenas ao aumento salarial, necessário à contratação de mais um empregado, mas também à intensificação das atividades de recrutamento.⁴²⁵ Isso significa que a oferta de trabalho para o monopsonista é uma curva ascendente, havendo deseconomias de escala na contratação e treinamento de novos empregados.⁴²⁶ De fato, caso o nível de emprego não afetasse os

⁴¹⁹ Ver ASHENFELTER; FARBER; RANSOM, Labor Market Monopsony, p. 206.

⁴²⁰ MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 44.

⁴²¹ Ver *Ibid.*

⁴²² Ver *Ibid.*

⁴²³ Ver *Ibid.*, p. 49.

⁴²⁴ Novamente, consideramos aqui que o empregador monopsonista não possa discriminar os salários pagos a seus empregados, de modo que o aumento salarial necessário para contratar um trabalhador adicional será estendido a todos os trabalhadores já contratados.

⁴²⁵ Ver MANNING, Alan, Imperfect Competition in the Labor Market, in: ASHENFELTER, Orley C.; CARD, David (Org.), **Handbook of Labor Economics**, Amsterdam: Elsevier, 2011, v. 4B, p. 1004.

⁴²⁶ Ver MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 35. De fato, a ideia de que o poder de monopsonio decorreria das deseconomias de escala no recrutamento surge já nos modelos de *job-searching*, como aquele proposto por Burnett e Mortensen. Cf. BOAL; RANSOM, Monopsony in the Labor Market, p. 108; e BURDETT, Kenneth; MORTENSEN, Dale T., Wage

gastos com recrutamento, a curva de oferta de trabalho para a empresa seria completamente horizontal, i.e., infinitamente elástica, tal como nos modelos de concorrência perfeita.⁴²⁷

Também no modelo do monopsonio dinâmico, os trabalhadores têm dificuldade em encontrar alternativas de contratação para sua força de trabalho. No modelo dinâmico, contudo, esse resultado decorre não do reduzido número de empresas no mercado de trabalho, mas sim das poucas oportunidades de emprego existentes.⁴²⁸ De fato, a escassez de posições de trabalho em mercados não competitivos parece, à primeira vista, incompatível com a própria ideia de monopsonio. Porque as empresas monopsonistas podem reduzir os salários correntes no mercado a níveis inferiores a situações de concorrência, seria razoável supor que esses empregadores estariam sempre dispostos a contratar mais empregados, dado o baixo custo para a aquisição do fator trabalho.⁴²⁹

Contudo, segundo Manning, o fato de na maioria dos mercados de trabalho existir poucas oportunidades de emprego não significa, necessariamente, que os empregadores não possuam poder de monopsonio.⁴³⁰ Isso porque postos de trabalho geram custos à empresa mesmo antes da contratação,⁴³¹ de modo que, prevendo sua incapacidade de recrutar empregados adicionais oferecendo-lhes um salário infracompetitivo, os empregadores optariam de antemão por não criar mais vagas.⁴³² De fato, a decisão sobre a criação de novos postos de trabalho – comparando o custo oportunidade de não se contratar eventual trabalhador que aceite o salário oferecido⁴³³ com o custo da manutenção dessas vagas –, assemelha-se à escolha do empregador, no monopsonio estático, quanto ao nível salarial que maximiza seus lucros.⁴³⁴ Essa semelhança nas escolhas de maximização do empregador também reflete a elasticidade imperfeita da oferta de trabalho no modelo do monopsonio dinâmico.⁴³⁵

Differentials, Employer Size, and Unemployment, **International Economic Review**, v. 39, n. 2, p. 257, 1998.

⁴²⁷ Ver MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 36.

⁴²⁸ Ver MANNING, *The Real Thin Theory: Monopsony in Modern Labour Markets*, p. 108.

⁴²⁹ Ver *Ibid.*

⁴³⁰ Ver *Ibid.*

⁴³¹ Cf. MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 273 (explicando que “[t]ypically, capital must be committed in advance of a worker being recruited: this might be in the form of an investment in machines or an investment in creating a market for the output”).

⁴³² Ver *Ibid.*, p. 270.

⁴³³ Obviamente, supõe-se nesse caso que o salário de reserva desse trabalhador seja inferior ao nível salarial em situação de monopsonio.

⁴³⁴ Ver MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 277.

⁴³⁵ Cf. *Ibid.*

Nesse sentido, as poucas vagas disponíveis expressariam então não um excesso de demanda por trabalho, o que seria incompatível com modelos de concorrência imperfeita, mas sim erros, ou acidentes, na previsão sobre a quantidade da mão de obra utilizada pelo empregador monopsonista.⁴³⁶ Por isso a conclusão de Manning de que “*the fact that the majority of employers have no vacancy at a particular moment in time makes worker search for alternative jobs more difficult, contributing to the lack of competition in labor markets.*”⁴³⁷

Ainda que o monopsônio dinâmico não decorra da estrutura do mercado, esses novos modelos parecem considerar a dimensão geográfica como um fator relevante na identificação do poder econômico das empresas sobre os trabalhadores. Sendo assim, na perspectiva dos empregados, um mercado de trabalho poderia ser considerado pequeno (*thin*) ainda que haja um grande número de potenciais empregadores.⁴³⁸ Isso porque haveria uma quantidade limitada de vagas de emprego disponíveis em dado momento, dentro de uma localização acessível ao trabalhador.⁴³⁹ Desse modo, embora no monopsônio dinâmico o pequeno tamanho (*thinness*) dos mercados de trabalho não seja consequência direta de sua estrutura, seus efeitos sobre os trabalhadores são equivalentes àqueles decorrentes de monopsônio estático, no qual se encontram apenas alguns poucos empregadores.⁴⁴⁰

Seguindo essa abordagem teórica, o poder de monopsônio das empresas pode originar-se tanto de imperfeições inerentes aos mercados de trabalho, quanto de fatores institucionais e práticas empresariais capazes de restringir a concorrência entre empregadores. No primeiro caso, consideram-se fricções nesses mercados os gastos de tempo e dinheiro na identificação de empregadores que ofereçam uma oportunidade de trabalho que atenda às preferências do trabalhador.⁴⁴¹ A dificuldade em encontrar uma vaga que seja um substituto perfeito para a atual posição ocupada pelo trabalhador deve-se também a um componente idiossincrático que distingue cada empregador, incluindo aspectos não monetários e a distância no deslocamento até a empresa.⁴⁴²

No segundo caso, o poder de monopsônio nos mercados de trabalho poderia resultar de legislações que restrinjam a concorrência entre empregadores ou mesmo da

⁴³⁶ Ver *Ibid.*, p. 280.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Ver MANNING, The Real Thin Theory: Monopsony in Modern Labour Markets, p. 125.

⁴³⁹ Ver *Ibid.*, p. 108.

⁴⁴⁰ Ver *Ibid.*, p. 125.

⁴⁴¹ Ver MANNING, Imperfect Competition in the Labor Market, p. 976.

⁴⁴² Ver *Ibid.*

prática de colusão entre essas empresas.⁴⁴³ Embora não pareça razoável supor que empresas possam coordenar explicitamente o nível salarial nos mercados, formas indiretas de coordenação não seriam impossíveis.⁴⁴⁴ Shelkova afirma, e.g., que a existência de um salário mínimo não obrigatório em alguns mercados de trabalho, i.e., um piso salarial voluntariamente adotado pelas empresas, poderia se tornar um mecanismo facilitador para a colusão tácita entre empregadores, reduzindo assim a remuneração dos trabalhadores.⁴⁴⁵ De modo geral, sobre a questão do poder monopsônio coletivo eventualmente detido pelas empresas, Manning reconhece que “*the honest answer is that we just don’t know much about tacit collusion by employers because no-one has thought it worthwhile to investigate in detail.*”⁴⁴⁶

A percepção pela maioria dos economistas neoclássicos de que os mercados de trabalho aproximam-se do modelo de concorrência perfeita parece criar uma presunção contrária a políticas regulatórias, cujos efeitos seriam apenas perdas de eficiência e redução do bem-estar dos trabalhadores diante da queda no nível de emprego. Dito de outro modo, o debate entre aqueles economistas acerca da regulação dos mercados de trabalho é colocado em termos de um *trade-off* entre eficiência e equidade, de modo que, na ausência de regulação, supõe-se que haveria uma alocação eficiente de recursos.⁴⁴⁷

Sobre esse debate, é certo que Manning desenvolve uma análise essencialmente positiva, i.e., seu modelo de monopsônio dinâmico contribui para a literatura como teoria explicativa sobre o comportamento econômico de empresas e trabalhadores. Em uma dimensão normativa, sua análise apresenta resultados bem menos robustos. O modelo do monopsônio dinâmico nos mercados de trabalho parece incapaz de oferecer recomendações definitivas sobre quais políticas regulatórias deveriam ser adotadas.⁴⁴⁸ Entretanto, Manning sugere ao menos que os modelos de concorrência perfeita não

⁴⁴³ Ver *Ibid.*, p. 979.

⁴⁴⁴ Ver *Ibid.*

⁴⁴⁵ SHELKOVA, Natalya, Low-Wage Labor Markets and the Power of Suggestion, **Review of Social Economy**, v. 73, n. 1, p. 61–88, 2015, p. 80.

⁴⁴⁶ MANNING, Imperfect Competition in the Labor Market, p. 980.

⁴⁴⁷ Ver MANNING, Alan, A Generalised Model of Monopsony, **The Economic Journal**, v. 116, n. 508, p. 84–100, 2006, p. 84.

⁴⁴⁸ De fato, enquanto as análises econômicas comumente utilizadas em antitruste baseiam-se em modelos estáticos de equilíbrio parcial, como o monopsônio clássico, os modelos de oligopsônio propostos por Manning são modelos dinâmicos de equilíbrio geral. Estes, embora mais realistas quanto ao funcionamento dos mercados de trabalho, tornam as análises de eficiência mais complexas e potencialmente inconclusivas. Cf. MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 58.

deveriam ser tomados fanaticamente como a única abordagem teórica para a descrição dos mercados de trabalho.⁴⁴⁹

De todo modo, Manning pode identificar ao menos hipóteses teóricas razoáveis, nas quais, diante das fricções nos mercados de trabalho, formas típicas de regulação poderiam reduzir as perdas de eficiência decorrentes do poder de monopsonio dos empregadores.⁴⁵⁰ De fato, dentre os diferentes instrumentos para a correção de distorções alocativas naqueles mercados, a maior elasticidade da oferta de trabalho poderia ser induzida tanto pelo direito trabalhista, com garantias de salário-mínimo e organização sindical, quanto pelo direito concorrencial.⁴⁵¹

Portanto, a conclusão mais relevante apontada por Manning é que a presunção teórica sobre a eficiência dos mercados de trabalho não parece justificável.⁴⁵² Dito isso, todavia, o autor mostra-se cético quanto à suficiência da teoria econômica como base para regulação daqueles mercados.⁴⁵³ Na medida em que a concorrência imperfeita nos mercados de trabalho torna o *trade-off* entre eficiência e equidade desnecessário, até certo ponto, o debate econômico mais relevante seria de natureza empírica, relativamente não à existência, mas ao nível ótimo de regulação.⁴⁵⁴ Nesse sentido, quanto à relevância dos modelos de monopsonio para a análise de políticas regulatórias, Manning destaca que *“these theoretical arguments can give some support to those whose approach to policy is more pragmatic than ideological.”*⁴⁵⁵

5.1.2 Teste empírico dos modelos de monopsonio

Consideremos agora o resultado de alguns trabalhos empíricos que verificam a validade dos modelos de monopsonio. Interessa-nos aqui principalmente hipóteses derivadas da teoria do monopsonio dinâmico, postas a teste em mercados de trabalho nos quais empresas empregadoras estariam sujeitas a reduzidas pressões competitivas. Vejamos a seguir, brevemente, cada um desses estudos.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 43 (*“It is important to correct the impression that those who believe that employers have some market power over workers are extremists—the reality is that those who believe in perfect competition are the fanatics...”*).

⁴⁵⁰ Ver MANNING, Alan, Monopsony and the Efficiency of Labour Market Interventions, **Labour Economics**, v. 11, n. 2, p. 145–163, 2004, p. 147.

⁴⁵¹ Cf. ASHENFELTER; FARBER; RANSOM, Labor Market Monopsony, p. 209.

⁴⁵² MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 69.

⁴⁵³ Ver *Ibid.*, p. 70.

⁴⁵⁴ Ver MANNING, Monopsony and the Efficiency of Labour Market Interventions, p. 159.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

Ransom e Sims investigam o poder de monopsonio a que professores de escolas primárias no Estado do Missouri, EUA, estariam sujeitos.⁴⁵⁶ Seguindo a abordagem teórica de Manning, os autores propõem calcular a elasticidade de oferta de trabalho para distritos escolares, relacionando as taxas de contratação e desligamento de professores em escolas concorrentes a partir dos salários oferecidos na década de 1980. O estudo conclui que, mesmo havendo diversos distritos escolares concorrentes, a elasticidade da oferta de trabalho para o empregador é bastante pequena, refletindo principalmente preferências quanto à proximidade geográfica das escolas que reduzem a mobilidade dos professores.⁴⁵⁷ Isso significa que *“labor market frictions give employers enough power to reduce wages somewhere in the neighborhood of 27% when compared with a world of perfectly informed and mobile workers.”*⁴⁵⁸

Em Staiger et al., analisa-se a existência de poder de monopsonio nos mercados de trabalho para enfermeiros.⁴⁵⁹ O estudo busca estimar a elasticidade da oferta de trabalho de enfermeiros a partir do impacto de uma mudança legislativa acerca da base salarial utilizada em hospitais para veteranos de guerra nos EUA. Segundo os autores, *“[o]ur analysis provides [...] evidence that suggest that hospitals have market power in the nurse labor market and have monopsony power in setting wages.”*⁴⁶⁰ Conforme as implicações da teoria do monopsonio dinâmico, o poder de monopsonio dos hospitais de veteranos seria resultado da preferência dos enfermeiros por diferentes empregadores, o que cria uma segmentação da oferta de trabalho nesses mercados.⁴⁶¹

Partindo também da teoria do monopsonio dinâmico, Priest⁴⁶² analisa comparativamente os mercados de assistentes judiciais e médicos residentes nos EUA, identificando outros fatores, ao lado da elasticidade da oferta, que demonstrariam o poder de mercados dos empregadores.⁴⁶³ Segundo o autor, a prática corrente de recrutamento por hospitais, como a oferta de programas de benefício e outras formas de remuneração não monetária para os melhores candidatos, denuncia um mercado em situação de monopsonio,

⁴⁵⁶ Ver RANSOM, Michael R.; SIMS, David P., Estimating the Firm's Labor Supply Curve in a “New monopsony” Framework: School teachers in Missouri, **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 331–355, 2010.

⁴⁵⁷ Ver *Ibid.*, p. 350.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 352–3.

⁴⁵⁹ STAIGER, Douglas O.; SPETZ, Joanne; PHIBBS, Ciaran S., Is There Monopsony in the Labor Market? Evidence from a Natural Experiment, **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 211–236, 2010.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 231.

⁴⁶¹ Ver *Ibid.*, p. 232.

⁴⁶² PRIEST, George L., Timing “Disturbances” in Labor Market Contracting: Roth's Findings and the Effects of Labor Market Monopsony, **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 447–472, 2010.

⁴⁶³ Ver *Ibid.*, p. 371.

no qual os salários seriam definidos unilateralmente pelos empregadores. Conclui, nesse sentido, que “*where one observes substantial competition for nonwage benefits – such as the behavior in the market for judicial clerks or in the market for medical residencies prior to the introduction of the matching program – there is strong evidence of labor market monopsony.*”⁴⁶⁴

Ransom e Oaxaca⁴⁶⁵ estimam as elasticidades da oferta de trabalho para empresas da indústria de supermercados no sudoeste dos EUA. Segundo os autores, “[t]he difference in the labor supply elasticities of men and women suggests a role for monopsony power in explaining male/female differences in pay.”⁴⁶⁶ De fato, mesmo com a regulação trabalhista nesses mercados, e.g., negociações coletivas com sindicatos e garantia de salário mínimo, ainda haveria espaço para o potencial exercício de poder de monopsonio. Concluem assim que a menor elasticidade da oferta de trabalho feminino, se comparada à oferta de trabalho masculino, e o poder de mercado das empresas empregadoras seriam uma possível explicação para a diferença salarial entre gêneros.⁴⁶⁷

Hirsch et al.⁴⁶⁸ também analisam as elasticidades das ofertas de trabalho para empresas individuais, buscando determinar se o formato das curvas para os gêneros masculino e feminino explicariam as diferenças salariais entre gêneros no mercado de trabalho. Nesse estudo, “[o]ne important general insight is that estimated labor supply elasticities are far from the conventional textbook case of being perfectly elastic,”⁴⁶⁹ o que demonstra que os dados coletados seriam compatíveis com a teoria do monopsonio dinâmico. Em outras palavras, isso significaria que, mesmo para os empregadores, a oferta de trabalho possui o formato de uma curva ascendente, o que lhes permitiria algum poder de mercado sobre seus empregados. Nesse sentido, os autores concluem que ao menos um terço da diferença salarial entre homens e mulheres poderia ser decorrência da menor elasticidade da oferta de trabalho feminino.⁴⁷⁰

⁴⁶⁴ *Ibid.* Em resposta a Priest, criticando a ideia de monopsonio no mercado de médicos residentes, cf. MADISON, Kristin M., The Residency Match: Competitive Restraints in an Imperfect World, **Houston Law Review**, v. 42, p. 759–836, 2005, p. 765.

⁴⁶⁵ RANSOM, Michael R.; OAXACA, Ronald L., New Market Power Models and Sex Differences in Pay, **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 267–289, 2010.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 287.

⁴⁶⁷ *Ver Ibid.*

⁴⁶⁸ HIRSCH, Boris; SCHANK, Thorsten; SCHNABEL, Claus, Differences in Labor Supply to Monopsonistic Firms and the Gender Pay Gap: An Empirical Analysis Using Linked Employer-employee Data from Germany, **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 291–330, 2010.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 314.

⁴⁷⁰ *Ver Ibid.*

Contudo, Hirsch et al. fazem uma importante ressalva: a discriminação de salários não resulta necessariamente da baixa elasticidade da oferta de trabalho. Os autores, portanto, apontam que o efetivo exercício do poder de monopsonio é ainda uma questão empírica.⁴⁷¹ Nesse sentido, seguem também as conclusões de Hirsch e Schumacher acerca do impacto de concentrações no setor hospitalar sobre os salários de enfermeiros.⁴⁷² Neste estudo empírico, os autores testam tanto os modelos de monopsonio dinâmico quanto os de monopsonio estático. No primeiro teste, não se verificou redução salarial, mesmo no contexto de uma oferta de trabalho não perfeitamente elástica de enfermeiros frente aos hospitais empregadores.⁴⁷³ Seguindo o modelo estático, o teste indicou apenas efeitos de curto prazo, os quais, segundo os autores, provavelmente não se manteriam ao longo do tempo.⁴⁷⁴

A questão dos efeitos concretos do monopsonio nos mercados de trabalho alinha-se à crítica de Kuhn sobre o modelo dinâmico de Manning, viz., a necessidade de definir um mercado relevante para a avaliação de poder econômico.⁴⁷⁵ Entretanto, no estudo de Muehlemann et al., já se realizou a medição direta do poder de monopsonio a partir de uma definição de mercado de trabalho, baseando-se, para tanto, no tempo de deslocamento até empresas empregadoras.⁴⁷⁶ Os autores concluem que a maior concentração nos mercados implica redução salarial e uma menor rotatividade dos empregados, o que expressa sua limitada mobilidade entre empregadores.⁴⁷⁷ Fato que, parece-nos, remete às premissas do modelo do monopsonio dinâmico sobre as fricções no mercado de trabalho.

Portanto, podemos concluir que parte da literatura econômica neoclássica já reconhece que, mesmo em mercados com um elevado número de empregadores, as empresas poderiam deter algum grau de poder de monopsonio sobre seus empregados. Isso ocorreria principalmente devido a falhas específicas dos mercados de trabalho, i.e., fricções que dificultam a capacidade de os trabalhadores realocarem sua força de trabalho

⁴⁷¹ *Ver Ibid.*, p. 315.

⁴⁷² HIRSCH, Barry T.; SCHUMACHER, Edward J., Classic or New Monopsony? Searching for Evidence in Nursing Labor Markets, **Journal of Health Economics**, v. 24, n. 5, p. 969–989, 2005.

⁴⁷³ *Ver Ibid.*, p. 987.

⁴⁷⁴ *Ver Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ver* KUHN, Is Monopsony the Right Way to Model Labor Markets? A Review of Alan Manning's Monopsony in Motion, p. 376.

⁴⁷⁶ MUEHLEMAN, Samuel; RYAN, Paul; WOLTER, Stefan C., Monopsony Power, Pay Structure, and Training, **Industrial & Labor Relations Review**, v. 66, n. 5, p. 1097–1114, 2013.

⁴⁷⁷ *Ver Ibid.*, p. 1100.

entre diferentes empregadores.⁴⁷⁸ Essas falhas de mercado impediriam que empregados abandonassem prontamente seus postos de trabalho, caso as empresas pretendessem reduzir, ainda que marginalmente, os salários oferecidos.⁴⁷⁹

Dito tudo isso, não nos parece que os efeitos anticompetitivos de atos de concentração sobre os mercados de trabalho, inclusive os incentivos a práticas colusivas entre empregadores, possam ser descartados como teoricamente inconcebíveis. De fato, embora não sejam capazes de modificar a estrutura de mercado – já que a quantidade de potenciais contratantes de um tipo de mão de obra não seria substancialmente reduzida –, concentrações entre empregadores poderiam ao menos reduzir as oportunidades de emprego disponíveis, reforçando o poder de monopólio daquelas empresas.

Por outro lado, vale recordar que nosso propósito aqui não é defender o reconhecimento de poder monopólio nos mercados de trabalho ou, menos ainda, sugerir uma metodologia para definição de mercados relevantes para análise antitruste. O que buscamos nesta seção foi verificar se existe alguma divergência entre economistas quanto ao funcionamento dos mercados de trabalho. Nesse sentido, a teoria de Manning sobre o monopólio dinâmico permitiu-nos demonstrar que a opinião econômica de que esses mercados são geralmente competitivos não é consistente dentro da comunidade acadêmica. Isso nos interessa porque, como vimos no Capítulo IV, a aceitação da opinião especializada pelos demais *experts* é uma condição de plausibilidade para argumentos de autoridade, afetando assim a justificativa da ineficiência. Vejamos agora se essa divergência teórica poderia ser resolvida no contexto da argumentação AED adotada no direito concorrencial.

5.2 O problema da seleção do modelo

A literatura econômica tradicional considera que os modelos de monopólio descrevem situações excepcionais na economia, como as *company towns* típicas da indústria extrativa,⁴⁸⁰ sendo, portanto, de menor relevância prática. Entretanto, vimos que as recentes teorizações sobre o monopólio dinâmico parecem demonstrar que mesmo em mercados de trabalho constituídos por diversas empresas, os empregadores deteriam algum

⁴⁷⁸ Cf., e.g., BORJAS, George J., **Labor Economics**, 2. ed. Boston: Irwin/McGraw-Hill, 2000, p. 190.; e EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S., **Modern Labor Economics: Theory and Public Policy**, 11. ed. Boston: Prentice Hall, 2012, p. 132.

⁴⁷⁹ Ver MANNING, **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, p. 3.

⁴⁸⁰ Ver BORJAS, **Labor Economics**, p. 185.

poder de mercado sobre seus empregados. Fato que, segundo Manning, seria muito mais frequente do que a maioria dos economistas reconhece.⁴⁸¹

Obviamente, não pretendemos arbitrar o debate econômico quanto à relevância empírica dos modelos de monopsônio. Entretanto, a diversidade de modelos teóricos e a escassez de estudos empíricos impedem uma conclusão quanto à existência, ou não, de poder de mercado para fins antitruste. Nesse sentido, entendemos que as limitações epistemológicas da Economia, i.e., a relativa impossibilidade de a teoria econômica determinar em quais situações o CADE poderia atuar para corrigir as falhas nos mercados de trabalho, tornam-se uma hipótese específica de incerteza na aplicação do direito concorrencial.

De fato, como veremos, as limitações no conhecimento econômico foram reconhecidas pela literatura jurídica a partir do *problema da seleção do modelo* na decisão antitruste. Nesse ponto, seguimos aqui a formulação de Wright⁴⁸² não apenas porque seus trabalhos estendem o tratamento da assimetria informacional para situações de incerteza quanto aos modelos econômicos, mas também por serem representativos de uma análise antitruste mais tradicional, associada à Escola de Chicago. Dito isso, apresentamos abaixo o problema da seleção do modelo, para depois discutirmos o uso da teoria da decisão na doutrina concorrencial.⁴⁸³

O tratamento do risco de erros nas decisões antitruste já integra a análise econômica do direito concorrencial, sendo uma preocupação típica de economistas da Escola de Chicago.⁴⁸⁴ Nesse sentido, Wright identifica o problema da seleção de modelo como resultado do surgimento de novas escolas de pensamento que, ao divergirem dos modelos de Chicago, acabam dificultando a utilização da teoria econômica na aplicação do direito antitruste norte-americano.⁴⁸⁵ Os modelos pós-Chicago, como são conhecidos, seriam inovadores ao demonstrar que diversas práticas de mercado consideradas eficientes na tradição da Escola Chicago podem ser também anticompetitivas.⁴⁸⁶ Particularmente

⁴⁸¹ MANNING, *Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets*, p. 14.

⁴⁸² WRIGHT, *Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*.

⁴⁸³ Cf. BECKNER III, C. Frederick; SALOP, Steven C., *Decision Theory and Antitrust Rules*, **Antitrust Law Journal**, p. 41–76, 1999, p. 41 (“*Decision theory sets out a process for making factual determinations and decisions when information is costly and therefore imperfect*”).

⁴⁸⁴ Ver KOBAYASHI, Bruce H.; MURIS, Timothy J., *Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century*, **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, p. 147–172, 2012, p. 147.

⁴⁸⁵ Ver WRIGHT, *Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*, p. 241.

⁴⁸⁶ Por simplicidade, estendemos aqui a denominação *Pós-Chicago* para incluir modelos baseados não apenas na teoria dos jogos, mas também na teoria da escolha racional e na economia comportamental. Wright, todavia, analisa essas vertentes teóricas separadamente. Cf. *Ibid.*, p. 242.

quanto a condutas unilaterais, os modelos pós-Chicago sugerem que as restrições verticais nem sempre são eficientes,⁴⁸⁷ podendo reduzir o bem-estar dos consumidores a partir da elevação do custo dos concorrentes da empresa com poder de mercado.⁴⁸⁸

Segundo Wright, a multiplicidade de modelos econômicos teorizando sobre condutas anticompetitivas, muitos deles sem suficiente comprovação empírica, permitiria que as agências e tribunais escolhessem arbitrariamente, dentre os modelos disponíveis na literatura, aqueles que lhes garantissem resultados determinados de antemão.⁴⁸⁹ Por isso, haveria o risco de que o antitruste norte-americano perdesse seu fundamento econômico – ou científico, como o autor parece sugerir – tornando-se um mero instrumento a serviço da ideologia do decisor jurídico.⁴⁹⁰ A solução proposta por Wright é a adoção de critérios decisórios que impeçam que as agências e os tribunais utilizem-se de teorias econômicas empiricamente frágeis na análise antitruste.

Essa autocontenção institucional garantiria que o antitruste nos EUA continuasse economicamente coerente. O modelo a ser selecionado pelo decisor jurídico seria assim não apenas aquele com melhor base empírica, mas também aquele que, diante das evidências disponíveis, possuísse uma melhor capacidade preditiva quanto às consequências econômicas da conduta sob análise.⁴⁹¹ Além disso, a seleção do modelo mais adequado deveria pautar-se sempre pela teoria econômica da decisão, buscando minimizar o custo associado a eventuais erros cometidos pelos decisores jurídicos. Esse último critério, desenvolvido na doutrina como a análise do custo do erro (*error-cost framework*), é o que mais nos interessa aqui. Dito isso, vejamos a seguir como preocupações com o custo social dos erros na aplicação do direito concorrencial foram difundidas a partir dos trabalhos de Easterbrook.⁴⁹²

⁴⁸⁷ De fato, a Escola de Chicago postulava que praticamente todas as restrições verticais seriam economicamente eficientes, devendo ser consideradas pelos tribunais como condutas lícitas *per se*. Ver HOVENKAMP, Herbert, Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, **Columbia Business Law Review**, v. 2001, p. 257–337, 2001, p. 319.

⁴⁸⁸ Ver WRIGHT, Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, p. 249.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 256.

⁴⁹⁰ *Ver Ibid.*

⁴⁹¹ *Cf. Ibid.*, p. 263 (“Evidence-based antitrust seeks to identify the best possible set of antitrust liability rules and enforcement policies conditional on our existing set of theoretical and empirical knowledge”).

⁴⁹² EASTERBROOK, Limits of Antitrust.

5.2.1 Easterbrook e o custo do erro antitruste

O ponto de partida de Easterbrook é o reconhecimento de que o antitruste é uma atividade inerentemente custosa.⁴⁹³ Além dos gastos com o funcionamento do Judiciário e autoridades administrativas, a necessidade de coleta de informações relevantes para uma decisão correta torna a aplicação do direito concorrencial ainda mais dispendiosa. Esses custos tornar-se-iam assim os verdadeiros limites da política concorrencial.⁴⁹⁴

Quanto a esse último aspecto, Easterbrook parecer reconhecer a inevitável insuficiência das informações disponíveis como uma limitação a ser aceita e devidamente incorporada à doutrina antitruste.⁴⁹⁵ Essa incerteza quanto à melhor decisão conduziria a uma hostilidade injustificada dos tribunais frente à atividade econômica, cuja reação seria a aplicação do direito concorrencial de forma excessivamente restritiva, proibindo inclusive práticas eficientes.⁴⁹⁶ De fato, segundo Easterbrook, mesmo os economistas enfrentariam dificuldades na identificação dos efeitos anticompetitivos de práticas sob análise.⁴⁹⁷

Entretanto, embora uma conclusão empírica quanto aos efeitos de bem-estar dessas práticas nem sempre seja possível, poderiam ser utilizados critérios práticos (e.g. pressupostos e inferências) na análise concorrencial.⁴⁹⁸ Dito isso, o autor sugere que a aplicação da regra da razão no julgamento de casos antitruste seja orientada por presunções quanto ao funcionamento dos mercados, seguindo assim critérios análogos àqueles adotados pelos economistas. Conforme o esquema de presunções proposto, e admitindo que erros no antitruste são inevitáveis, Easterbrook afirma ser preferível que o decisor jurídico afaste a responsabilidade das empresas por práticas de mercado cujos efeitos econômicos sobre bem-estar social sejam incertos.⁴⁹⁹

Segundo o autor, um erro antitruste que proibisse uma prática empresarial pró-competitiva seria mais custoso do que o erro que permitisse a realização de práticas

⁴⁹³ Ver *Ibid.*, p. 4.

⁴⁹⁴ Ver *Ibid.*

⁴⁹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 39 (“Antitrust is an imperfect tool for the regulation of competition. Imperfect because we rarely know the right amount of competition there should be, because neither judges nor juries are particularly good at handling complex economic arguments”).

⁴⁹⁶ Ver *Ibid.*, p. 5.

⁴⁹⁷ Ver *Ibid.*, p. 11.

⁴⁹⁸ Cf. *Ibid.* (“The economists might be able to reach agreement, though not on the basis of exhaustive empirical inquiry. They would resort to clues and shortcuts. They would use their economic knowledge of other markets to draw inferences about this one”).

⁴⁹⁹ Ver *Ibid.*, p. 15.

anticompetitivas.⁵⁰⁰ Isso porque, no caso do erro de proibição (“falso positivo” ou “Erro Tipo 1”), a aplicação do direito concorrencial pelos tribunais impediria o funcionamento eficiente dos mercados, gerando assim perdas de bem-estar.⁵⁰¹ Estabelecido um precedente equivocado, a norma jurídica ineficiente tornar-se-ia vinculativa aos tribunais do *Common Law*, estendendo-se a outros casos que tratassem da mesma prática pró-competitiva.⁵⁰²

No caso do erro de permissão (“falso negativo” ou “Erro Tipo 2”), por outro lado, a eventual criação ou o fortalecimento de poder de mercado tenderia a ser revertido pelo funcionamento natural do sistema econômico.⁵⁰³ O exercício de poder de mercado decorrente, e.g., de uma decisão antitruste incorretamente permissiva, acabaria fomentando a rivalidade nos mercados, já que o sobrepreço imposto aos consumidores atrairia potenciais entrantes que concorreriam com o monopolista.⁵⁰⁴

Portanto, para Easterbrook, apesar dos custos sociais decorrentes do preço de monopólio, a perda de bem-estar social gerada pelo erro antitruste permissivo seria temporária, já que, no longo prazo, a eficiência dos mercados seria reestabelecida.⁵⁰⁵ Além disso, os custos de um erro de permissão tenderiam a ser menores, porque a prática permitida atingiria os consumidores somente nos mercados em que o poder econômico seria exercido. Ao passo que as consequências de um erro de proibição que impedisse a realização de eficiências produtivas seriam gerais e imediatas, afetando negativamente os consumidores de todos os mercados em que uma dada empresa atuasse.⁵⁰⁶

5.2.2 Indeterminação econômica e concorrência dinâmica

Feita essa digressão, voltemos à formulação original do problema da seleção do modelo. Para que entendamos suas consequências para a aplicação do direito concorrencial, vejamos agora um exemplo de indeterminação econômica a partir dos modelos de concorrência dinâmica. Segundo Ginsburg e Wright, uma análise antitruste dinâmica compreenderia a avaliação quanto ao padrão de concorrência vigente, determinado pelo comportamento atual dos agentes econômicos, e sua relação com as

⁵⁰⁰ *Ver Ibid.*

⁵⁰¹ *Ver Ibid.*, p. 2.

⁵⁰² *Ver Ibid.*, p. 15.

⁵⁰³ *Ver Ibid.*

⁵⁰⁴ *Ver Ibid.*, p. 2.

⁵⁰⁵ *Ver Ibid.*, p. 15.

⁵⁰⁶ *Ver Ibid.*, p. 16.

condições de mercado futuras.⁵⁰⁷ Em outras palavras, a análise antitruste dinâmica dependeria de estimativas acerca dos efeitos de práticas anticompetitivas sobre o desenvolvimento dos mercados em longo prazo.

Essa abordagem poderia ser oposta à tradicional análise antitruste, baseada em modelos de concorrência estática, cujo foco é o impacto atual de práticas anticompetitivas sobre a quantidade produzida e o preço de produtos e serviços no mercado. De fato, a prevalência de análise estática no antitruste tem motivado propostas para adoção de modelos de concorrência dinâmica que permitiriam uma avaliação dos benefícios futuros aos consumidores em termos de novos produtos, serviços e modelos de negócio.⁵⁰⁸

A crítica de Ginsburg e Wright a essas propostas é que sua inclusão deve ser necessariamente parcial, em consequência da indeterminação da teoria econômica, da escassez de evidências empíricas e da reduzida capacidade de o decisor jurídico estimar as consequências futuras de práticas empresariais.⁵⁰⁹ Em outras palavras, esses modelos ainda não oferecem ao antitruste uma solução adequada para o *trade-off* entre eficiência estática e eficiência dinâmica resultantes do padrão de concorrência dos mercados. De fato, a insuficiência no conhecimento econômico atual relaciona-se exatamente à possível causalidade entre estrutura de mercado e incentivos à inovação.⁵¹⁰ O que impossibilitaria ao decisor jurídico avaliar se a redução de bem-estar dos consumidores no curto prazo poderia ser compensada por ganhos de bem-estar de longo prazo, obtidos a partir da concorrência dinâmica e das inovações futuras.⁵¹¹

Como condição para a inclusão no antitruste de elementos adicionais sobre concorrência dinâmica, as agências deveriam demonstrar o fundamento de suas previsões quanto ao desenvolvimento dos mercados, permitindo que os tribunais controlassem a discricionariedade administrativa na política concorrencial. Se a ciência econômica não permite uma comprovação adequada quanto à validade empírica dessas previsões, o antitruste perderia sua racionalidade econômica, reduzindo-se à mera especulação

⁵⁰⁷ GINSBURG; WRIGHT, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, p. 1–2.

⁵⁰⁸ Ver SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J., *Dynamic Competition in Antitrust law*, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009, p. 600.

⁵⁰⁹ GINSBURG; WRIGHT, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, p. 2.

⁵¹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 11 (“[A]ntitrust agencies and courts have not adopted a presumption that would uniformly favor dynamic competition over static competition, a rule some have argued would produce social benefits. We believe courts and agencies have not adopted these approaches for good reason; each requires a level of confidence concerning competition and innovation that is not yet warranted by our theoretical and empirical knowledge”) (notas omitidas).

⁵¹¹ Ver *Ibid.*, p. 12–13.

subjetiva.⁵¹² Diante das constatadas limitações epistemológicas da Economia, a recomendação de Ginsburg e Wright é uma abordagem conservadora quanto aos modelos de concorrência dinâmica no antitruste.⁵¹³

Parece-nos que a questão da eficiência dinâmica na aplicação do direito concorrencial expressa um problema de seleção de modelo em situação extrema. Também aqui, o controle da discricionariedade das agências dependeria da teoria econômica da decisão e da análise de custo de erro antitruste.⁵¹⁴ Tratando especificamente dos limites do antitruste no estímulo à inovação, Manne e Wright novamente apontam como obstáculo à política concorrencial a diversidade de modelos econômicos indicando cada qual, relativamente a novas práticas empresariais, tanto consequências anti quanto pró-competitivas.⁵¹⁵

Nos mercados em que a concorrência desenvolve-se pela inovação, o risco de erro antitruste seria ainda maior, já que os efeitos dessas práticas, obviamente, não poderiam ser conhecidos de antemão. Esse risco acabaria agravado, segundo os autores, pela reconhecida tendência de os decisores jurídicos voltarem-se contra práticas inovadoras, reconhecendo supostas restrições à concorrência que a literatura econômica acabaria refutando no futuro.⁵¹⁶ Nesses casos, também o eventual custo do erro antitruste seria comparativamente maior, já que uma decisão incorreta poderia impedir o surgimento de produtos e negócios inovadores, afetando o desenvolvimento de novos mercados de modo potencialmente indeterminado. Por isso, erros na aplicação do direito concorrencial em mercados de inovação poderiam não apenas reduzir o bem-estar dos consumidores, mas também as expectativas de crescimento de toda a economia⁵¹⁷.

A proposta de autocontenção institucional na escolha entre modelos de concorrência dinâmica e estática dependeria, segundo Manne e Wright, de um “*serious methodological commitment to economic Science*.”⁵¹⁸ Ao lado do comprometimento com a seleção de modelos testados empiricamente, a análise de custo do erro antitruste garantiria que os avanços da Economia fossem incorporados ao direito concorrencial na forma de

⁵¹² Ver *Ibid.*, p. 19–20.

⁵¹³ Ver *Ibid.*, p. 14–15.

⁵¹⁴ Cf. *Ibid.*, p. 2 (“*This article focuses upon identifying where incorporating dynamic analysis is likely to have benefits that outweigh the sum of the administrative and error costs of doing so*”).

⁵¹⁵ MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D., Innovation and the Limits of Antitrust, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 6, n. 1, p. 153–202, 2010.

⁵¹⁶ Ver *Ibid.*, p. 165.

⁵¹⁷ Ver *Ibid.*, p. 167.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 163.

critérios de decisão simplificados. O que, segundo autor, garantiria a adequada aplicação do direito concorrencial pelas agências e tribunais norte-americanos.⁵¹⁹

Pelo que se percebe, mesmo as sugestões de Wright para solucionar o problema da seleção de modelos parecem pressupor que a Economia seja capaz de avaliar a probabilidade de determinada prática empresarial ser ou não eficiente, identificando assim seu provável caráter pró ou anticompetitivo. Embora recomende aos tribunais a análise de custo do erro antitruste, o autor parece desconsiderar a possibilidade de as agências, mesmo com sua expertise em Economia, dispuserem de uma ciência sujeita a limitações epistemológicas em seu estado atual.⁵²⁰

5.2.3 Críticas à doutrina do custo do erro antitruste

Já sabemos que, diante da incerteza sobre validade de modelos econômicos, a doutrina do custo do erro antitruste reconhece a possibilidade de o decisor jurídico equivocarse na avaliação dos efeitos anticompetitivos das práticas sob análise. O fator determinante para a solução do problema da seleção do modelo seria a teoria econômica da decisão, pela qual se poderia avaliar o risco e a magnitude dos erros na aplicação do direito concorrencial. Entretanto, a despeito da neutralidade da teoria da decisão, a doutrina do custo do erro antitruste depende de comparações entre falsos positivos e falsos negativos que parecem se basear em pressupostos não empíricos sobre o funcionamento dos mercados. É o que demonstraremos a seguir.

O exemplo do problema de seleção do modelo dentro da análise antitruste dinâmica, como exposto acima, é útil aqui porque nos revela de que modo, diante da indeterminação econômica sobre como os mercados desenvolver-se-ão no futuro, diferentes decisões jurídicas seriam possíveis. De fato, Devlin and Jacobs já apontam que “[t]he intertemporal impact of commercial conduct denies policy-makers crucial information about future effects, which, combined with the epistemological limitations of contemporary economic theory, necessitates decision making under uncertainty.”⁵²¹

Isso tem ocorrido principalmente em concentrações internacionais, cujos efeitos atingem diferentes jurisdições concorrenciais. Nesses casos, cada autoridade antitruste

⁵¹⁹ *Ver Ibid.*

⁵²⁰ Por outro lado, é bem verdade que as propostas de Wright são feitas a partir de uma perspectiva institucional, buscando aprimorar a aplicação do direito concorrencial norte-americano no longo prazo.

⁵²¹ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael, *Antitrust Error*, **William and Mary Law Review**, v. 52, p. 75–132, 2010, p. 79.

avalia o impacto da concentração empresarial sobre os mercados de modo independente, havendo possibilidade de decisões opostas quanto à aprovação das operações. Foi o que ocorreu no famoso caso *General Electric e Honeywell*,⁵²² no qual, mesmo com a aprovação do FTC norte-americano, a Comissão Europeia decidiu reprovar o ato de concentração dentro da UE.⁵²³ Parece-nos que o conflito entre a política concorrencial nos EUA e na UE decorre, em alguma medida, da impossibilidade de a Economia oferecer respostas inequívocas quanto à relação entre efeitos concorrenciais no curto e no longo prazo.⁵²⁴ Fato que impediria, e.g., que decisores jurídicos alcançassem uma única solução para o *trade-off* entre eficiência alocativa e eficiência dinâmica.

De fato, embora o direito concorrencial nos EUA e na UE estejam ambos voltados à promoção da eficiência econômica e do bem-estar do consumidor, ainda há relevantes divergências quanto ao antitruste nessas duas jurisdições.⁵²⁵ Mesmo com a explícita adoção pela Comissão Europeia de um *more economic approach*, diferenças quanto a pressupostos, presunções e perspectivas relativamente ao antitruste continuam sendo determinantes para a aplicação do direito concorrencial.⁵²⁶ Nesse aspecto, Davlin e Jacobs destacam que o inevitável obstáculo para a convergência dos regimes antitruste de diferentes jurisdições é a “*tendency to solve empirically indeterminate problems by reference to one’s political ideology – informed by disparate social experiences, histories, and cultures.*”⁵²⁷

De modo geral, as agências europeias parecem mais confiantes, comparativamente às americanas, quanto à possibilidade de o antitruste viabilizar um desempenho econômico superior àquele obtido naturalmente pelos mercados.⁵²⁸ Por outro lado, em situações de incerteza, as autoridades norte-americanas preferem abster-se, assumindo o risco de erro resultante da não aplicação do direito concorrencial. Parece haver nos EUA, assim, uma crença no funcionamento eficiente dos mercados no longo prazo, já que eventuais

⁵²² Decisão No. 2004/134/EC (General Electric e Honeywell), Direcção Geral da Concorrência, j. 3. Jun. 2001.

⁵²³ Sobre o caso General Electric e Honeywell, cf., e.g., SCHMITZ, Stefan, How Dare They-European Merger Control and the European Commission’s Blocking of the General Electric/Honeywell Merger, **University of Pennsylvania Journal of International Economic**, v. 23, p. 325–382, 2002. Para críticas do ponto de vista do antitruste norte-americano, cf. HOCHSTADT, Eric S., Brown Shoe of European Union Competition Law, The, **Cardozo Law Review**, v. 24, p. 287–395, 2002.

⁵²⁴ Cf. DEVLIN; JACOBS, Antitrust Divergence and the Limits of Economics, p. 256.

⁵²⁵ Ver FOX, Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The US/EU Divide, p. 727 e 728.

⁵²⁶ Ver *Ibid.*, p. 725.

⁵²⁷ DEVLIN; JACOBS, Antitrust Divergence and the Limits of Economics, p. 261.

⁵²⁸ Ver *Ibid.*, p. 270.

situações de poder de mercado seriam supostamente corrigidas pela concorrência resultante da entrada de empresas rivais.⁵²⁹

Isso significa que, nos EUA, considera-se que a aplicação extensiva do direito concorrencial poderia prejudicar investimentos em inovação realizados pelas empresas que disputam a dominação dos mercados, obstando assim benefícios futuros que aproveitariam a toda sociedade. Embora a menor atuação do antitruste possa produzir custos sociais no momento presente, as autoridades norte-americanas parecem acreditar que os ganhos futuros são suficientes para compensar as perdas de eficiência atuais.⁵³⁰ Na Europa, por outro lado, o custo imposto aos consumidores no curto prazo, decorrente do sobrepreço praticado por empresas dominantes, não é ignorado pela Comissão Europeia, cujas expectativas quanto aos efeitos do poder de mercado no incentivo à inovação são mais tímidas.⁵³¹

De todo modo, mesmo uma utilização informal da teoria da decisão dependeria da probabilidade de ocorrência das possíveis consequências econômicas das condutas sujeitas à análise antitruste.⁵³² Entretanto, parece não ser possível na prática das agências e tribunais quantificar o exato impacto anticompetitivo dessas condutas nos mercados. Essas dificuldades na escolha entre falsos positivos e falsos negativos, como já vimos, tem recebido o tratamento proposto por Easterbrook. Entretanto, a presunção em favor de falsos positivos na análise antitruste, embora prevalecente nos EUA, não pode ser necessariamente estendida a outras jurisdições.⁵³³

Em verdade, dada a ausência de comprovação empírica adequada, essa preferência parece relacionar-se mais à experiência e crenças do decisor jurídico do que à Economia, enquanto ciência-guia da análise antitruste.⁵³⁴ Dito isso, vejamos agora as falhas inerentes à doutrina do custo do erro conforme proposta pela literatura antitruste. A crítica volta-se aqui à abrangência das proposições que generalizam a preferência por falsos negativos (i.e Erro Tipo 2) sobre falsos positivos (i.e. Erro Tipo 1) sob justificativa de que o primeiro deles seria comparativamente mais custoso e potencialmente irreversível.⁵³⁵

⁵²⁹ *Ver Ibid.*, p. 274.

⁵³⁰ *Ver Ibid.*, p. 275.

⁵³¹ *Ver Ibid.*

⁵³² *Ver* MCCHESENEY, F. S., Easterbrook on Errors, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 6, n. 1, p. 11–31, 2010, p. 26.

⁵³³ *Ver* DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error, p. 97.

⁵³⁴ *Ver Ibid.*

⁵³⁵ *Ver Ibid.*

Primeiramente, quanto ao argumento em favor do Erro Tipo 1, ainda que seja considerado mais custoso do que o Erro Tipo 2, a formulação de um critério decisório abrangente exigiria que se computasse também a frequência com que cada tipo de erro ocorre na aplicação do direito concorrencial. Se o Erro Tipo 2 ocorresse raramente, ao passo que o Erro Tipo 1, embora menos custoso, fosse corrente, então a minimização do custo total dos erros antitruste imporia a preferência por falsos positivos.⁵³⁶ Essa conclusão é diametralmente oposta à influente proposta de Easterbrook e, ainda assim, igualmente válida segundo as premissas adotadas.

Quanto à irreversibilidade do Erro Tipo 2, mesmo considerando que falsos positivos implicam maiores custos sociais em decorrência da proibição de práticas empresariais eficientes, não se poderia afirmar categoricamente que essa perda de eficiência é definitiva. A ausência de evidências empíricas que permitam generalizações quanto à provável reação das empresas diante de um erro Tipo 2 impede a suposição de que elas interromperiam completamente uma prática eficiente.⁵³⁷ De fato, seria igualmente possível que essas empresas desenvolvessem uma versão *second-best* da prática original, realizando parte das eficiências pretendidas, podendo inclusive elaborar outras práticas que sejam mais eficientes do que a original.⁵³⁸ Portanto, não se pode afirmar necessariamente que todo Erro Tipo 2 impeça totalmente a realização de eficiências produzidas pela prática erroneamente sancionada.⁵³⁹

Ao acentuar a potencial irreversibilidade do Erro Tipo 2 na aplicação do direito concorrencial, Easterbrook desconsidera o fato de que nem toda decisão incorreta torna-se um precedente antitruste imutável.⁵⁴⁰ No direito norte-americano, e.g., a ampla vinculatividade de um precedente, tornando-o capaz de afetar a conduta de empresas em mercados nacionais, decorre necessariamente de uma decisão da Suprema Corte. Naturalmente, apenas um pequeno número de casos antitruste nos EUA alcança o mais elevado grau recursal naquela jurisdição. Mais ainda, Easterbrook parece ignorar também o

⁵³⁶ *Ver Ibid.*

⁵³⁷ *Ver Ibid.*, p. 98.

⁵³⁸ *Ver Ibid.*

⁵³⁹ Pensemos em uma proposta de concentração empresarial que, embora pudesse produzir efeitos positivos ao bem-estar dos consumidores, tenha sido incorretamente proibida por uma autoridade antitruste. Esse Erro Tipo 2 certamente produziria custos sociais decorrentes da não realização de eficiências resultantes da operação. Entretanto, essa perda de eficiência poderia ser compensada no futuro, na medida em que a competição entre as mesmas empresas envolvidas na proposta de concentração permita não apenas ganhos de eficiência alocativa, mas também ganhos de eficiência dinâmica decorrentes de inovações.

⁵⁴⁰ *Ver* BAKER, Jonathan B., Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right, *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, p. 1–38, 2015, p. 23.

fato de que todo precedente vinculativo pode ser revertido judicial ou legislativamente.⁵⁴¹ Na verdade, não é incomum no direito norte-americano que precedentes sejam interpretados restritivamente pelos próprios tribunais que os estabeleceram, reduzindo assim a amplitude de situações efetivamente reguladas pela decisão errônea.⁵⁴²

Se é verdade que o Erro Tipo 2 no antitruste norte-americano não cria precedentes imutáveis, a potencial irreversibilidade dessas decisões é ainda menos provável em sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, nos quais, como se sabe, os tribunais não se sujeitam à regra do *stare decisis*. Mais ainda, em jurisdições antitruste baseadas em adjudicação administrativa, centradas na atuação de agências e autoridades públicas (e.g. Brasil), a vinculatividade dos precedentes limita-se à função persuasiva que desempenham sobre o decisor jurídico.⁵⁴³ Inexistindo uma doutrina formal do precedente administrativo, decisões incorretas podem ser revistas diretamente pelas autoridades concorrenciais, desde que justificado o desvio da prática decisória da agência e a consequente quebra de expectativas dos administrados.⁵⁴⁴

A suposta irreversibilidade do Erro Tipo 2 parece basear-se na ideia de que os mercados são sempre mais eficazes na correção de falsos negativos do que as agências e tribunais o são quanto à correção de falsos positivos.⁵⁴⁵ O que significa supor que os mercados seriam na maioria das vezes capazes de corrigir suas próprias falhas. Isso ocorreria, primeiramente, pelo ingresso de novos concorrentes nos mercados, já que a inexistência de barreiras relevantes à entrada permite que a concorrência potencial iniba de antemão o exercício do poder de mercado pela empresa dominante.

Embora a relação entre facilidade de entrada e contestabilidade dos mercados seja reconhecida pela teoria econômica,⁵⁴⁶ a proposição empírica quanto à suficiência das

⁵⁴¹ Ver DEVLIN; JACOBS, *Antitrust Error*, p. 99.

⁵⁴² Ver BAKER, *Taking the Error Out of "Error Cost" Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right*, p. 24.

⁵⁴³ A percepção quanto ao valor persuasivo do precedente administrativo parece decorrer da doutrina da boa-fé da Administração Pública e, indiretamente, do próprio imperativo de motivação do ato jurídico administrativo. Sobre o princípio da boa-fé na administração pública, cf., e.g., DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 88. Mais ainda, como já dito no Capítulo II, a coerência e racionalidade na prática decisória da autoridade antitruste tornam-se necessárias também como garantia de *accountability* na implementação da política concorrencial.

⁵⁴⁴ Cf. *Ibid.*, p. 86 (destacando aplicações concretas dos princípios da proteção à confiança no direito administrativo brasileiro). Na perspectiva do discurso jurídico, a justificação para o desvio da prática decisória da autoridade antitruste corresponde ao ônus argumentativo que o aplicador do direito concorrencial deve superar para romper legitimamente a racionalidade da jurisprudência administrativa.

⁵⁴⁵ Ver DEVLIN; JACOBS, *Antitrust Error*, p. 99.

⁵⁴⁶ Ver BAUMOL, William J., *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, **The American Economic Review**, v. 72, n. 1, p. 1-15, 1982.

pressões competitivas oferecidas por entrantes potenciais é ainda discutível.⁵⁴⁷ De fato, a jurisprudência antitruste norte-americana, e.g., demonstra que situações de poder de mercado podem prolongar-se por décadas, permitindo que empresas dominantes bloqueiem a entrada de rivais e até mesmo a introdução de novas tecnologias.⁵⁴⁸

A capacidade de autocorreção dos mercados seria justificável também pela percepção, compartilhada por Easterbrook,⁵⁴⁹ quanto ao funcionamento eficiente dos mercados a despeito do número de empresas participantes. Isso significa supor que estruturas de oligopólio poderiam oferecer um grau de rivalidade entre concorrentes comparável a mercados com menores níveis de concentração. Entretanto, Baker aponta que “[t]hat assertion is inconsistent with the economic literatures relating market concentration to price elevation (...), relating concentration to cartel stability, and empirically relating market structure to the exercise of market power.”⁵⁵⁰ Essas suposições, portanto, não estão isentas de críticas dentro da própria literatura econômica.

Ainda conforme Baker, a mesma crítica empírica alcançaria a suposição de que oligopolistas, ou mesmo monopolistas, teriam maiores incentivos para inovar do que empresas participantes de mercados mais competitivos.⁵⁵¹ Assim, embora estruturas de monopólio permitam à empresa dominante apropriar-se completamente das receitas obtidas com a inovação, esse fator, por si só, não tornariam mais prováveis investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Diante de todas essas críticas, a conclusão sobre a doutrina do custo do erro antitruste é que, “[i]n applying decision theory, a neutral economic tool, to the analysis of antitrust rules, contemporary conservatives have made a series of erroneous assumptions, which collectively impart a non-interventionist bias to their conclusions.”⁵⁵²

* * *

Neste capítulo, demonstramos que a incerteza sobre a validade de modelos de concorrência imperfeita nos mercados de trabalho gera uma indeterminação econômica quanto à existência e à extensão do poder de monopsonio das empresas empregadoras.

⁵⁴⁷ Ver BAKER, Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right, p. 10.

⁵⁴⁸ Ver *Ibid.*, p. 11.

⁵⁴⁹ EASTERBROOK, Limits of Antitrust, p. 19.

⁵⁵⁰ BAKER, Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right, p. 12.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 14. Cf. também BAKER, Jonathan B., Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 3, p. 575–602, 2007.

⁵⁵² BAKER, Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right, p. 37.

Vimos também que essa situação poderia ser descrita como um exemplo daquilo que a literatura antitruste conhece como problema da seleção do modelo. Sendo assim, poder-se-ia solucionar a indeterminação sobre o funcionamento competitivo dos mercados a partir da aplicação da teoria da decisão ao direito concorrencial, i.e., a doutrina do custo do erro antitruste.

Com isso, as condições de plausibilidade da justificativa da ineficiência acabariam atendidas, já que a opinião econômica adotada, embora inconsistente com a visão de outros economistas, poderia ser aceita como fundamento para a argumentação AED. A doutrina do custo do erro antitruste sustentaria assim, como solução para a divergência de opiniões entre *experts*, que a escolha socialmente menos custosa seria considerar que os mercados de trabalho são, em geral, competitivos, afastando a necessidade da regulação antitruste via medidas de emprego.

Entretanto, como também demonstramos neste capítulo, a doutrina do custo do erro apresenta, ela mesma, falhas que poderiam prejudicar a aceitabilidade da justificativa da ineficiência dentro de uma discussão crítica. Isso ocorreria devido aos pressupostos não empíricos dessa doutrina, que direcionam a análise do custo do erro para restringir a aplicação do direito concorrencial. Em outras palavras, essas análises parecem ser baseadas em escolhas normativas não explicitadas, relativamente à função do antitruste. Retomando aqui a teoria da argumentação, haveria na doutrina do custo do erro um viés que afeta o exame crítico de argumentos em um debate voltado à resolução racional de diferenças de opinião.⁵⁵³

O viés, enquanto problema lógico, é uma atitude que impede o posicionamento crítico dos debatedores sobre o ponto de vista disputado, razão pela qual acaba associado a diversas falácias, inclusive apelos ilegítimos à autoridade da ciência.⁵⁵⁴ Portanto, utilizar a doutrina do custo do erro antitruste, na forma como se propõe na literatura, apenas diminuiria a plausibilidade da justificativa da ineficiência. Isso porque, buscando solucionar a divergência entre *experts*, para então justificar o apelo a uma opinião especializada, a análise de custo do erro introduziria um viés no argumento de autoridade, podendo torná-lo novamente falacioso.

Em suma, adotando a justificativa da ineficiência em uma discussão crítica, o CADE deveria contornar o dissenso entre economistas quanto à melhor descrição da

⁵⁵³ Sobre viés em discussões argumentativas racionais e seu possível caráter falacioso, cf. WALTON, Douglas N., Bias, Critical Doubt and Fallacies, **Argumentation and Advocacy**, v. 28, p. 1–22, 1991, p. 21.

⁵⁵⁴ *Ver Ibid.*, p. 9 e 21.

concorrência nos mercados de trabalho. Para tanto, contudo, deveria valer-se de outra abordagem, que não a doutrina do custo do erro antitruste. Optando por utilizá-la, o CADE deveria ser capaz de corrigir seu viés antirregulação. Do contrário, essa justificativa de política pública continuaria inaceitável do ponto de vista lógico. Dito tudo isso, conseguimos finalmente demonstrar a tese deste trabalho: pretendendo justificar a descontinuidade das medidas de emprego no controle de concentrações por meio de uma argumentação AED, viz., da justificativa da ineficiência, o CADE poderia realmente incorrer em uma falácia *ad verecundiam*.

VI. CONCLUSÃO

Reconhecidos os avanços no direito concorrencial brasileiro, tratamos neste trabalho de um tema quase esquecido literatura: a inconsistente interação entre antitruste e política de emprego na ação administrativa do CADE. Nesse contexto, o problema que se enfrentou é a falta de transparência do Conselho quanto às razões jurídicas para o abandono das preocupações com nível de emprego no controle de concentrações. A questão que nos propusemos a responder foi a seguinte: como o CADE deveria justificar seu definitivo distanciamento da regulação do mercado de trabalho?

Em resposta, apresentamos na Introdução a tese normativa de que a utilização da AED para justificar o rompimento da interação entre antitruste e política de emprego produziria uma forma de argumentação inaceitável do ponto de vista lógico. Em outras palavras, diante da questão posta acima, este trabalho buscou oferecer um juízo de valor acerca da plausibilidade de argumentos baseados em teoria econômica, que poderiam ser adotados pelo CADE como justificativa para o abandono de suas preocupações com nível de emprego. Para tanto, tomamos o direito concorrencial como uma forma de discurso produzida por raciocínios práticos, dentro do qual a AED torna-se uma técnica de argumentação consequencialista.

No Capítulo II, analisamos decisões do CADE em processos de controle de concentrações para demonstrar como remédios antitruste foram utilizados durante os anos 90 em uma tentativa de controlar o impacto de operações anticompetitivas sobre os mercados de trabalho. Demonstrou-se também que um tipo especial de remédio então aplicado pelo Conselho – o que denominamos medidas de política de emprego –, parece ter sido descontinuado em 2001 sem qualquer motivação expressa. Explicamos ainda por que, diante da ausência de uma justificativa de política pública, esse redirecionamento da ação administrativa do CADE poderia afetar não apenas a legitimidade do antitruste, mas também sua implementação atual.

Para tanto, utilizou-se de um arcabouço conceitual básico da literatura de *policy studies* para a análise do processo de implementação de políticas públicas. Sugerimos assim que a ambiguidade no produto regulatório do Conselho poderia agravar o risco institucional de que políticas públicas externas à legislação concorrencial prejudicassem a concretização dos objetivos da autoridade antitruste. Ilustramos essa possibilidade a partir de recentes divergências entre o CADE, a Justiça do Trabalho e o MPT, relativamente aos fins perseguidos pela política de defesa da concorrência.

No Capítulo III, diante da ausência de justificativas para que o CADE descontinuasse as medidas de emprego no controle de concentrações, propusemos um possível argumento jurídico em defesa desse redirecionamento da política concorrencial. Começamos com uma análise doutrinária e uma breve revisão dos fundamentos econômicos do antitruste, identificando os critérios para a aplicação de remédios em um teste específico de proporcionalidade voltado à minimização do custo social. Desenvolvendo esse teste na forma de um cálculo de custo-benefício, pudemos construir um argumento consequencialista a partir da AED, pelo qual se defende a descontinuidade das medidas de emprego devido aos seus efeitos de ineficiência.

O argumento de que as medidas de emprego falhariam no teste de proporcionalidade, já que a aplicação desses remédios reduziria o bem-estar nos mercados de trabalho, foi chamado aqui de justificativa da ineficiência. Nessa linha de raciocínio, as medidas de emprego seriam consideradas desproporcionais por se reconhecer que os mercados de trabalho são geralmente competitivos, havendo um baixo risco de que atos de concentração facilitem abusos de poder de monopólio sobre os trabalhadores. Formulada tal justificativa de política pública, nossa tese tornou-se então uma tentativa de refutar esse argumento hipotético, revelando as falhas lógicas dessa forma de argumentação AED. Por isso, propusemos uma análise quanto à aceitabilidade do argumento jurídico de que as medidas de emprego geram, como consequência de sua aplicação, perdas de bem-estar social.

No Capítulo IV, buscamos determinar as condições de plausibilidade da justificativa de ineficiência. Para tanto, introduzimos a teoria pragma-dialética como um modelo normativo de argumentação. Pudemos identificar assim a estrutura básica da argumentação AED, formulando critérios para o uso racional do conhecimento econômico em discussões argumentativas sobre o direito. Foram adotados dois esquemas argumentativos da pragma-dialética: o argumento consequencialista e o argumento de autoridade. Demonstramos também que o componente de autoridade é determinante para a plausibilidade da argumentação AED.

Seguimos depois para a reconstrução racional da justificativa de ineficiência dentro de sua estrutura lógica específica. Foi possível visualizar então a premissa fundamental de toda a cadeia argumentativa produzida pela AED, viz., a proposição econômica afirmando que “os mercados de trabalho são geralmente competitivos.” Vimos que essa proposição teórica poderia ser aceita no debate jurídico como a conclusão de um argumento de autoridade científica, sobre o qual a justificativa da ineficiência se fundamenta. A

plausibilidade desse argumento de autoridade, por sua vez, exigiria que a opinião do economista consultado, enquanto fonte de conhecimento sobre os mercados de trabalho, fosse consistente com a dos demais *experts* naquela área de conhecimento.

Ainda no Capítulo IV, concluímos que, para a utilização correta da justificativa da ineficiência, é necessário que se reconheça um possível dissenso na comunidade econômica. Mais do que reconhecer o eventual desacordo entre economistas, a plausibilidade da justificativa da ineficiência exigiria que essa inconsistência fosse solucionada dentro de uma discussão argumentativa. Portanto, se o CADE ignorasse as disputas entre *experts* quanto ao funcionamento competitivo nos mercados de trabalho, a justificativa da ineficiência poderia se tornar uma falácia, viz., um *argumentum ad verecundiam*.

Finalmente, no Capítulo V demostramos que existe uma razoável divergência entre economistas acerca dos padrões de concorrência que melhor descrevem os mercados de trabalho. Para tanto, revisamos informalmente modelos econômicos e estudos empíricos sobre o monopsonio dinâmico. Analisamos assim a ideia de concorrência imperfeita a partir do modelo proposto por Manning. Dada a incerteza quanto à validade empírica dos modelos dinâmicos de monopsonio *vis-a-vis* os de concorrência perfeita nos mercados de trabalho, pôde ser reconhecida ao menos a possibilidade teórica de que empresas exerçam poder de monopsonio sobre seus empregados.

Em uma tentativa de solucionar essa indeterminação econômica quanto ao funcionamento dos mercados de trabalho, voltamo-nos ao tratamento do problema da seleção do modelo na aplicação do direito concorrencial. Constatou-se, todavia, que a solução proposta na literatura, i.e., a doutrina do custo do erro antitruste, esconde um viés antirregulação, decorrente de pressupostos não empíricos quanto à capacidade de autocorreção dos mercados. A literatura antitruste, portanto, não permitiria uma resolução racional para esse dissenso interno à ciência econômica. Com isso, demonstramos nossa tese de que a utilização da justificativa de ineficiência pode se tornar uma argumentação falaciosa.

Feito tudo isso, este trabalho contribui para a literatura antitruste ao formalizar argumentativamente o impacto da indeterminação econômica sobre o discurso jurídico. Ao analisarmos a estrutura lógica da argumentação AED, indicamos condições de plausibilidade que podem ser aproveitadas na formulação de uma teoria geral da argumentação jurídica. Isso permitiria que as consequências econômicas fossem

incorporadas ao raciocínio jurídico a partir de critérios lógicos que garantissem a correção da AED enquanto técnica argumentativa no direito.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011.
- AARNIO, Aulis. On Rational Acceptability: Some Remarks on Legal Justification. *In*: NERHOT, Patrick (Org.). **Law, Interpretation and Reality**. Dordrecht: Springer, 1990, p. 73–83.
- ABA. **Model Asset Purchase Agreement: With Commentary**. Chicago: ABA Professional Education, 2001.
- ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. Ruth Adler; Neil MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Oxford: OUP, 2010.
- AMAYA, Amalia. Inference to the Best Explanation. *In*: VERHEIJ, Bart; PRAKKEN, Henry; KAPTEIN, Hendrik (Org.). **Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic**. Farnham: Ashgate, 2013.
- ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação da Lei 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002.
- AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert; SOLOW, John L. **Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, v. IIIB**. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 2007.
- ASHENFELTER, Orley C.; FARBER, Henry; RANSOM, Michael R. Labor Market Monopsony. **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 203–210, 2010.
- AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 12, 1995.
- BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 74, n. 3, p. 575–602, 2007.
- BAKER, Jonathan B. “Continuous” Regulatory Reform at the Federal Trade Commission. **Administrative Law Review**, v. 49, n. 4, p. 859–874, 1997.
- BAKER, Jonathan B. Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right. **Antitrust Law Journal**, v. 80, n. 1, p. 1–38, 2015.
- BAUMOL, William J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. **The American Economic Review**, v. 72, n. 1, p. 1–15, 1982.
- BECKNER III, C. Frederick; SALOP, Steven C. Decision Theory and Antitrust Rules. **Antitrust Law Journal**, p. 41–76, 1999.
- BELL, John. Policy Arguments and Legal Reasoning. *In*: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; ULRIKE, Hahn (Org.). **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Dordrecht: Springer, 1995, p. 73–97.
- BELTRÁN, Jordi F.; RATTI, Giovanni B. (Org.). **The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BERTEA, Stefano. Legal Argumentation Theory and the Concept of Law. *In*: EEMEREN, Frans H. Van *et al* (Org.). **Anyone Who Has a View**. Amsterdam: Springer, 2003, p. 213–226.
- BHASKAR, Venkataraman; MANNING, Alan; TO, Ted. Oligopsony and Monopsonistic Competition in Labor Markets. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 16, n. 2, p. 155–174, 2002.

- BLAIR, J. Anthony; JOHNSON, Ralph H. Informal Logic: An Overview. **Informal logic**, v. 20, n. 2, 2000.
- BLAIR, Roger D; HARRISON, Jeffrey L. **Monopsony in Law and Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BLAUG, Mark. **The Methodology of Economics: Or, How Economists Explain**. Cambridge: CUP, 1992.
- BOAL, William M.; RANSOM, Michael R. Monopsony in the Labor Market. **Journal of Economic Literature**, p. 86–112, 1997.
- BORJAS, George J. **Labor Economics**. 2. ed. Boston: Irwin/McGraw-Hill, 2000.
- BORK, Robert H.; BOWMAN, Ward S. Goals of Antitrust: a dialogue on policy. **Columbia Law Review**, v. 65, n. 3, p. 363–376, 1965.
- BOSHOF, Willem *et al.* The Economics of Public Interest Provisions in South African Competition Policy. In: **6th Annual Conference on Competition Law, Economics and Policy**. Pretoria: Competition Commission South Africa, 2012. Disponível em: <<http://www.compcom.co.za/sixth-annual-competition-conference/>>. Acesso em: 24 maio 2015.
- BRODLEY, Joseph F. The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. **New York University Law Review**, v. 62, p. 1020–1053, 1987.
- BURDETT, Kenneth; MORTENSEN, Dale T. Wage Differentials, Employer Size, and Unemployment. **International Economic Review**, v. 39, n. 2, p. 257, 1998.
- BURTON, Steven J. Law as Practical Reason. **Southern California Law Review**, v. 62, p. 747–793, 1988.
- CADE. **Cade Recebe Título de Agência Antitruste das Américas em 2014**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1629f90fe63cd052a491a2b181c9>>. Acesso em: 23 abr. 2015.
- CADE. **Relatório Anual 1996**. Brasília: CADE, 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c24dd332f257e950>>.
- CARD, David; KRUEGER, Alan B. Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania. **The American Economic Review**, v. 84, n. 4, p. 772–793, 1994.
- CARDOSO, Diego S. **Política Antitruste e sua Consistência: Uma Análise das Decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Relativa aos Atos de Concentração**. Dissertação (Mestrado em Economia) - Centro de Ciências e Tecnologias para Sustentabilidade, Universidade Federal de São Carlos, Sorocaba, 2013.
- CARLOS, Juan Bayón. Why is Legal Reasoning Defeasible? In: SOETEMAN, Arend (Org.). **Pluralism and Law**. Dordrecht: Springer, 2001, p. 327–346.
- CARVALHO, Nuno T. P. **As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- CHEPAITIS, Daniel J. The National Labor Relations Act, Non-Paralleled Competition, and Market Power. **California Law Review**, v. 85, n. 4, p. 769, 1997.
- CHURCH, Jeffrey R.; WARE, Roger. **Industrial Organization: A Strategic Approach**. Boston: Irwin McGraw Hill, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CLARKSON, Kenneth W.; MURIS, Timothy J. (Org.). **The Federal Trade Commission since 1970: Economic Regulation and Bureaucratic Behavior**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Prentice Hall, 2012.
- COSTA, Maurício de M. Breves Observações sobre o Compromisso de Desempenho. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 2, p. 4–30, 1997.
- COTTER, Thomas F. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. **Georgetown Law Journal**, v. 84, p. 2071, 1995.
- COURTIS, Christian. El Juego de los Juristas: Ensayo de Caracterización de la Investigación Dogmática. In: CHRISTIAN COURTIS (Org.). **Observar la Ley : Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 105–156.
- CSERNE, Péter. Consequence-based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics. In: MATHIS, Klaus (Org.). **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer, 2012, p. 31–54.
- CSERNE, Péter. Courts and Expertise: Consequence-Based Arguments in Judicial Reasoning. In: LAROCHE, Pierre; CSERNE, Péter (Org.). **National Legal Systems and Globalization**. The Hague: T. M. C. Asser, 2013, p. 89–109.
- DAVIES, Stephen; LYONS, Bruce. **Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition**. Northampton: Edward Elgar, 2008.
- DAVIS, John B. The turn in economics: neoclassical dominance to mainstream pluralism? **Journal of Institutional Economics**, v. 2, n. 01, p. 1–20, 2006.
- DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Error. **William and Mary Law Review**, v. 52, p. 75–132, 2010.
- DEVLIN, Alan J.; JACOBS, Michael S. Antitrust Divergence and the Limits of Economics. **Northwestern University Law Review**, v. 104, p. 253–291, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DI PIETRO, Maria S. Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DUNNE, N. Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 2, n. 2, p. 225–269, 2014.
- DUNNE, Niamh. Commitment Decisions in EU Competition Law. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 10, n. 2, p. 399–444, 2014.
- DUTRA, Pedro. **A Concentração do Poder Econômico: Jurisprudência Anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- EASTERBROOK, Frank H. Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, v. 63, p. 1–40, 1984.
- EEMEREN, Frans H. Van; GROOTENDORST, Rob. **Speech Acts in Argumentative Discussions: A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Directed Towards Solving Conflicts of Opinion**. New York: De Gruyter Mouton, 2010.
- EEMEREN, F. H. van; GROOTENDORST, R.; SNOECK HENKEMANS, Francisca. **Argumentation: Analysis, Evaluation, Presentation**. Mahwah: L. Erlbaum Associates, 2002.
- EEMEREN, Frans H. van. In Context. **Argumentation**, v. 25, n. 2, p. 141–161, 2011.
- EEMEREN, Frans H. van; GARSSSEN, Bart; MEUFFELS, Bert. **Fallacies and Judgments of Reasonableness**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009.
- EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob. **Argumentation, Communication, and Fallacies: A Pragma-dialectical Perspective**. Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1992.

- EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob. **A Systematic Theory of Argumentation the Pragma-dialectical Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob. Fallacies in Pragma-dialectical Perspective. **Argumentation**, v. 1, n. 3, p. 283–301, 1987.
- EEMEREN, Frans H. van; HOUTLOSSER, Peter. The Contextuality of Fallacies. **Informal Logic**, v. 27, n. 1, p. 59–68, 2007.
- EEMEREN, Frans van *et al.* Contextual Considerations in the Evaluation of Argumentation. In: REED, Chris; TINDALE, Christopher W. (Org.). **Dialectics, Dialogue and Argumentation: An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning**. London: College Publications, 2010.
- EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S. **Modern Labor Economics: Theory and Public Policy**. 11. ed. Boston: Prentice Hall, 2012.
- EPSTEIN, Richard A. **Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less Is More**. Washington, DC: AEI Press, 2007.
- EPSTEIN, Richard A. **Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- EZRACHI, Ariel. Behavioural Remedies in EC Merger Control-Scope and Limitations. **World Competition**, v. 29, n. 3, p. 459–479, 2006.
- FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria M. da. Remédios em Fusões. In: GILBERTO, André M.; CAMPILOGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**. São Paulo: Singular, 2011.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FARRELL, Joseph. Negotiation and Merger Remedies: Some Problems. In: LEVÉQUE, François; SHELANSKI, Howard (Org.). **Merger Remedies in American and European Union Competition Law**. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 95.
- FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. The Economics of Welfare Standards in Antitrust. **Competition Policy International (CPI)**, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/the-economics-of-welfare-standards-in-antitrust/>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- FERRAZ JR., Tércio S. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERRAZ JR., Tércio S. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, v. 36, p. 27–33, 1982.
- FERRAZ JR., Tércio S. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FETERIS, Eveline T. A Dialogical Theory of Legal Discussions: Pragma-dialectical Analysis and Evaluation of Legal Argumentation. **Artificial Intelligence and Law**, v. 8, n. 2-3, p. 115–135, 2000.
- FETERIS, Eveline T. A Pragma-Dialectical Approach of the Analysis and Evaluation of Pragmatic Argumentation in a Legal Context. **Argumentation**, v. 16, n. 3, p. 349–367, 2002.
- FETERIS, Eveline T. The Pragma-dialectical Reconstruction of Teleological-evaluative Argumentation in Complex Structures of Legal Justification. In: HANSEN, H.V. *et al* (Org.). **Dissensus and the Search for Common Ground: OSSA 2007**. Windsor: OSSA, 2007.
- FETERIS, Eveline T. The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: A Pragma-Dialectical Perspective. **Argumentation**, v. 19, n. 4, p. 459–470, 2006.

- FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. **Cleveland State Law Review**, v. 38, p. 1–13, 1990.
- FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2543–2574, 2012.
- FONSECA, João Bosco L. da. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FOX, Eleanor M. Equality, Discrimination, and Competition law: lessons from and for South Africa and Indonesia. **Harvard International Law Journal**, v. 41, n. 2, p. 579–594, 2000.
- FOX, Eleanor M. Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The US/EU Divide. **Utah Law Review**, v. 2006, n. 3, p. 725–740, 2006.
- FOX, Eleanor M. The Battle for the Soul of Antitrust. **California Law Review**, p. 917–923, 1987.
- FRIEDMAN, Milton. **Essays in positive economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1953.
- G1. **Gol Anuncia Fim da Webjet e Desligamento de 850 Funcionários**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/11/gol-anuncia-fim-da-webjet-e-desligamento-de-850-funcionarios.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.
- GARSSEN, Bart. Argument Schemes. In: EEMEREN, Frans H. van (Org.). **Crucial Concepts in Argumentation Theory**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2003.
- GILBERTO, André M. **O Processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex, 2010.
- GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, p. 1–21, 2012.
- GODDEN, David M.; WALTON, Douglas. Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System. **Ratio Juris**, v. 19, n. 3, p. 261–286, 2006.
- GODDEN, David; WALTON, Douglas. Advances in the Theory of Argumentation Schemes and Critical Questions. **Informal Logic**, v. 27, n. 3, p. 267–292, 2007.
- GOMES, Carlos J. V. Os Escopos Sociais do Direito Antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 11, n. 2, p. 129–148, 2004.
- GOMES, Ciro. **Parecer da Comissão Especial de Defesa da Concorrência ao Projeto de Lei n. 3.937, de 2004**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=PR L+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004>. Acesso em: 17 out. 2015.
- GRIMBEEK, Sunel; KOCH, Steve; GRIMBEEK, Richard. The Consistency of Merger Decisions at the South African Competition Commission. **South African Journal of Economics**, v. 81, n. 4, p. 561–580, 2013.
- HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 305–325, 2000.
- HANDLER, Milton; ZIFCHAK, William C. Collective Bargaining and the Antitrust Laws: The Emasculation of the Labor Exemption. **Columbia Law Review**, v. 81, n. 3, p. 459–515, 1981.

HARMAN, Gilbert. Practical Aspects of Theoretical Reasoning. *In*: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Org.). **The Oxford Handbook of Rationality**. Oxford: OUP, 2004.

HARTZENBERG, Trudi. Competition Policy and Practice in South Africa: Promoting Competition for Development. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 26, n. 3, p. 667–685, 2005.

HAUSMAN, Daniel M. Economic Methodology in a Nutshell. **The Journal of Economic Perspectives**, p. 115–127, 1989.

HAW, Rebecca. Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts. **Northwestern University Law Review**, v. 106, p. 1261, 2012.

HEYER, Ken. Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best? **Competition Policy International (CPI)**, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/welfare-standards-and-merger-analysis-why-not-the-best/>>. Acesso em: 30 out. 2015.

HIRSCH, Barry T.; SCHUMACHER, Edward J. Classic or New Monopsony? Searching for Evidence in Nursing Labor Markets. **Journal of Health Economics**, v. 24, n. 5, p. 969–989, 2005.

HIRSCH, Boris; SCHANK, Thorsten; SCHNABEL, Claus. Differences in Labor Supply to Monopsonistic Firms and the Gender Pay Gap: An Empirical Analysis Using Linked Employer-employee Data from Germany. **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 291–330, 2010.

HJELMENG, Erling. Competition Law Remedies: Striving for Coherence or Finding New Ways? **Common Market Law Review**, v. 50, n. 4, p. 1007–1037, 2013.

HOCHSTADT, Eric S. Brown Shoe of European Union Competition Law, The. **Cardozo Law Review**, v. 24, p. 287–395, 2002.

HODGE, Tom C. Compatible or Conflicting: The Promotion of High Level of Employment and the Consumer Welfare Standard under Article 101. **William and Mary Law Review**, v. 3, n. 1, p. 59–138, 2012.

HOECKE, Mark Van; OST, Francois. Epistemological Perspectives in Legal Theory. **Ratio Juris**, v. 6, n. 1, p. 30–47, 1993.

HOECKE, Mark van. Legal doctrine: Which Method(s) for What Kind of discipline? *In*: HOECKE, Mark van (Org.). **Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?** Oxford: Hart, 2011.

HOFFMANN, Elinor R. Labor and Antitrust Policy: Drawing a Line of Demarcation. **Brooklyn Law Review**, v. 50, p. 1–52, 1983.

HOVENKAMP, Herbert. Distributive Justice and the Antitrust Laws. **George Washington Law Review**, v. 51, p. 1–31, 1982.

HOVENKAMP, Herbert. Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930. **Texas Law Review**, v. 66, p. 919–966, 1988.

HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. **Columbia Business Law Review**, v. 2001, p. 257–337, 2001.

HUNDLEBY, Catherine. The Authority of the Fallacies Approach to Argument Evaluation. **Informal Logic**, v. 20, n. 3, p. 279–308, 2010.

JACOBY, Sanford M. Economic Ideas and the Labor Market: Origins of the Anglo-American Model and Prospects for Global Diffusion. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 25, p. 43–78, 2003.

JERRY, Robert H. Antitrust and Employer Restraints in Labor Markets. **Industrial Relations Law Journal**, v. 6, p. 173, 1984.

- JOHNSON, Ralph H. **The Rise of Informal Logic: Essays on Argumentation, Critical Thinking, Reasoning and Politics**. Newport News: Vale Press, 1996.
- JOLLS, Christine. Employment Law. *In*: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Org.). **Handbook of Law and Economics**. Boston: Elsevier, 2007, v. 2.
- JR, William Eskridge *et al.* **Cases and Materials on Legislation and Regulation: Statutes and the Creation of Public Policy**. 5. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2014.
- KAPLOW, Louis. On the Choice of Welfare Standards in Competition Law. *In*: ZIMMER, Daniel (Org.). **The Goals of Competition Law**. Northampton: Edward Elgar, 2012.
- KHAN, R. A. A.; DAVIES, Gareth T. Merger Control and the Rule of Law. **Erasmus Law Review**, v. 2, n. 1, p. 25–57, 2009.
- KIRCHNER, Christian. The Difficult Reception of Law and Economics in Germany. **International Review of Law and Economics**, v. 11, n. 3, p. 277–292, 1991.
- KOBAYASHI, Bruce H.; MURIS, Timothy J. Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, p. 147–172, 2012.
- KOVACIC, William E. Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies. **University of Cincinnati Law Review**, v. 66, p. 1075, 1997.
- KUHN, Peter. Is Monopsony the Right Way to Model Labor Markets? A Review of Alan Manning's Monopsony in Motion. **International Journal of the Economics of Business**, v. 11, n. 3, p. 369–378, 2004.
- KWOKA, John E.; MOSS, Diana L. Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement. **The Antitrust Bulletin**, v. 57, n. 4, p. 979–1011, 2012.
- KWOKA, John E.; WHITE, Lawrence J. (Org.). **The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy**. 6. ed. New York: OUP, 2013.
- KYSAR, Douglas A. **Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity**. New Haven: Yale University Press, 2010.
- LANDE, Robert H. The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust. **Antitrust Bulletin**, v. 33, p. 429–465, 1988.
- LA TORRE, Massimo. **Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law**. Dordrecht: Springer, 2007.
- LA TORRE, Massimo. Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation. **Ratio Juris**, v. 15, n. 4, p. 377–402, 2002.
- LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation. *In*: KOKKORIS, Ioannis; LIANOS, Ioannis (Org.). **The Reform of EC Competition Law: New Challenges**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- LINDSAY, Michael; SANTON, Katherine. No Poaching Allowed: Antitrust Issues in Labor Markets. **Antitrust**, v. 26, p. 73, 2011.
- LITWINSKI, John A. Regulation of Labor Market Monopsony. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 22, p. 49–98, 2001.
- LOPES, José Reinaldo de L. **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de L. Direito e Economia: Uma Complexa Relação. *In*: LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (Org.). **Agenda Contemporânea: Direito e Economia 30 Anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.
- LOPES, José Reinaldo de L. Raciocínio Jurídico e Economia. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 8, p. 137–170, 2004.

- LOPES, José Reinaldo de L. Regla y Compás, o Metodología para uma Trabajo Jurídico Sensato. *In: CHRISTIAN COURTIS (Org.). Observar la Ley: Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de L. The Traditional Dialogue between Law & Economics. **Revista DIREITO GV**, v. Especial, n. 1, p. 171–194, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de L. *et al.* **O que é Pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni. Argumentation Schemes for Statutory Interpretation. *In: HOEKSTRA, R. (Org.). Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2014*. Amsterdam: IOS Press, 2014.
- MACCORMICK, Neil. Defeasibility in Law and Logic. *In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Org.). Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 1995, p. 99–117.
- MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Practical Reason. **Midwest Studies in Philosophy**, v. 7, n. 1, p. 271–286, 1982.
- MACCORMICK, Neil. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MACCORMICK, Neil. The Nature of Legal Reasoning: A Brief Reply to Dr Wilson. **Legal Studies**, v. 2, n. 3, p. 286–290, 1982.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting Statutes: A Comparative Study**. Aldershot: Dartmouth Pub. Co., 1991.
- MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- MADISON, Kristin M. The Residency Match: Competitive Restraints in an Imperfect World. **Houston Law Review**, v. 42, p. 759–836, 2005.
- MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. **Journal of Public Policy**, v. 17, n. 2, p. 139–167, 1997.
- MAJONE, Giandomenico. Problems of the Regulatory State. *In: MAJONE, Giandomenico (Org.). Regulating Europe*. New York: Routledge, 1996.
- MAJONE, Giandomenico. The Regulatory State and its Legitimacy Problems. **West European Politics**, v. 22, n. 1, p. 1–24, 1999.
- MANKIW, N. Gregory. **Principles of Economics**. 6. ed. Mason: Cengage Learning, 2011.
- MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Innovation and the Limits of Antitrust. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 6, n. 1, p. 153–202, 2010.
- MANNING, Alan. A Generalised Model of Monopsony. **The Economic Journal**, v. 116, n. 508, p. 84–100, 2006.
- MANNING, Alan. Imperfect Competition in the Labor Market. *In: ASHENFELTER, Orley C.; CARD, David (Org.). Handbook of Labor Economics*. Amsterdam: Elsevier, 2011, v. 4B, p. 973–1041.
- MANNING, Alan. Monopsony and the Efficiency of Labour Market Interventions. **Labour Economics**, v. 11, n. 2, p. 145–163, 2004.
- MANNING, Alan. **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

- MANNING, Alan. The Real Thin Theory: Monopsony in Modern Labour Markets. **Labour Economics**, v. 10, n. 2, p. 105–131, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, v. II. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MARKS, Randall. Labor and Antitrust: Striking a Balance Without Balancing. **Am. UL Rev.**, v. 35, p. 699, 1985.
- MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p. 13–30, 2002.
- MARTINEZ, Ana Paula. Análise de Custo-benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Impostos ao seu Formulador. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 29–59, 2009.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 7/8, p. 331–346, 2012.
- MATTOS, César Costa A. de (Org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil 2: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. 2. ed. São Paulo: Editora Singular, 2008.
- MATTOS, César Costa A. de; COWIE, Michael G. Antitrust Review of Mergers, Acquisitions, and Joint Ventures in Brazil. **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 3, p. 89–137, 2001.
- MATTOS, Paulo Todescan L. A Formação do Estado Regulador. **Novos Estudos**, n. 76, p. 139–156, 2006.
- MATTOS, Paulo Todescan L. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2007.
- MATTOS, Paulo Todescan L. Regulação Econômica e Social, Accountability e Democracia: Contexto e Perspectivas do Debate. **Revista DIREITO GV**, v. Especial, n. 1, p. 5–20, 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MCCHESNEY, F. S. Easterbrook on Errors. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 6, n. 1, p. 11–31, 2010.
- MCCLOSKEY, Donald N. Rhetoric of Law and Economics, The. **Michigan Law Review**, v. 86, p. 752–767, 1987.
- MCCLOSKEY, Donald N. The Rhetoric of Economics. **Journal of Economic Literature**, p. 481–517, 1983.
- MILLGRAM, Elijah (Org.). **Varieties of practical reasoning**. Cambridge: MIT Press, 2001.
- MITCHELL, Daniel JB; ERICKSON, Christopher L. Monopsony: Today's New Labor-Market Reality. **WorkingUSA: The Journal of Labor and Society**, v. 8, n. 6, p. 671–682, 2005.
- MONTI, Giorgio. Article 81 EC and Public Policy. **Common Market Law Review**, v. 39, n. 5, p. 1057–1099, 2002.
- MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- MOTTA, Massimo; POLO, Michele; VASCONCELOS, Helder. Merger Remedies in the European Union: An Overview. **Antitrust Bulletin**, v. 52, p. 603, 2007.
- MUEHLEMANN, Samuel; RYAN, Paul; WOLTER, Stefan C. Monopsony Power, Pay Structure, and Training. **Industrial & Labor Relations Review**, v. 66, n. 5, p. 1097–1114, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. **Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions**. Mason: Thomson South-Western, 2008.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil. **Novos Estudos**, v. 66, p. 145–154, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de O. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ODUDU, Okeoghene. **The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PAGE, William H. Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Org.). **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

PAGE, William H.; LOPATKA, John E. Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases. **Cornell Law Review**, v. 90, p. 617–704, 2005.

PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, p. 223–268, 2008.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, p. 95–144, 2013.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. **Tulane Law Review**, 2016.

PECZENIK, Aleksander. A Theory of Legal Doctrine. **Ratio Juris**, v. 14, n. 1, p. 75–105, 2001.

PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Springer, 2009.

PECZENIK, Aleksander. **Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law**. Dordrecht: Springer, 2005.

PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap. Legal Knowledge about What? **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 326–345, 2000.

PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 1051–1075, 1979.

PORTO, Gustavo. **Citrovita Fecha Unidade de Matão, Interior de São Paulo**. Estadão. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,citrovita-fecha-unidade-de-matao-interior-de-sao-paulo,104529e>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 13, n. 2, p. 91–99, 1999.

POSNER, Richard A. The Social Costs of Monopoly and Regulation. **Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, p. 807–827, 1975.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, p. 118–139, 2004.

PRIEST, George L. Timing “Disturbances” in Labor Market Contracting: Roth’s Findings and the Effects of Labor Market Monopsony. **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 447–472, 2010.

PROENÇA, José Marcelo M. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PROENÇA, José Marcelo M. Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo CADE. In: GILBERTO, André M.; CAMPILONGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**. São Paulo: Singular, 2011.

RANSOM, Michael R.; OAXACA, Ronald L. New Market Power Models and Sex Differences in Pay. **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 267–289, 2010.

- RANSOM, Michael R.; SIMS, David P. Estimating the Firm's Labor Supply Curve in a "New monopsony" Framework: School teachers in Missouri. **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 331–355, 2010.
- ROBINSON, Joan. **The Economics of Imperfect Competition**. 2. ed. London: Macmillan, 1969.
- RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- RUBIN, Edward L. Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writing and Reading of Statutes. **New York University Law Review**, v. 66, p. 1, 1991.
- RUBIN, Edward L. Law and the Methodology of Law. **Wisconsin Law Review**, p. 521–565, 1997.
- RUBIN, Edward L. On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship. **California Law Review**, p. 889–963, 1992.
- RUBIN, Edward L. The Evaluation of Prescriptive Scholarship. **Tel Aviv University Studies in Law**, v. 10, p. 101–114, 1990.
- RUBIN, Edward L. The Practice and Discourse of Legal Scholarship. **Michigan Law Review**, v. 86, n. 8, p. 1835, 1988.
- RUBIN, Edward L. What Does Prescriptive Legal Scholarship Say and Who is Listening to It: A Response to Professor Dan-Cohen. **University of Colorado Law Review**, v. 63, p. 731, 1992.
- SABATIER, Paul A. Regulatory Policy-making: Toward a Framework of Analysis. **Natural Resources Journal**, v. 17, p. 415, 1977.
- SABATIER, Paul; MAZMANIAN, Daniel. The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives. **Policy Analysis**, v. 5, n. 4, p. 481–504, 1979.
- SABATIER, Paul; MAZMANIAN, Daniel. The Implementation of Public Policy: A Framework of Analysis. **Policy Studies Journal**, v. 8, n. 4, p. 538–560, 1980.
- SALAMA, Bruno. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 22, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>. Acesso em: 23 maio 2015.
- SALAMA, Bruno M. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional (Texto para Discussão n. 941)**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2859>>. Acesso em: 29 set. 2015.
- SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de P. **Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória (Texto para Discussão n. 1463)**. Brasília: IPEA, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2669>>. Acesso em: 24 set. 2015.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development**. Northampton: Edward Elgar, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. A Paralisia do Antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 16, p. 305–323, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SALOP, Steven C. Question: what is the real and proper antitrust welfare standard-answer: the true consumer welfare standard. **Loyola Consumer Law Review**, v. 22, p. 336–353, 2010.

- SARTOR, Giovanni. A Teleological Approach to Legal Dialogues. In: PAVLAKOS, George (Org.). **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart, 2007.
- SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Org.). **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Dordrecht: Springer, 1995, p. 73–97.
- SARTOR, Giovanni. **Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law**. Dordrecht: Springer, 2005.
- SCHERER, Frederic M. Efficiency, Fairness, and the Early Contributions of Economists to the Antitrust Debate. **Washburn Law Journal**, v. 29, p. 243 – 255, 1989.
- SCHMITZ, Stefan. How Dare They-European Merger Control and the European Commission's Blocking of the General Electric/Honeywell Merger. **University of Pennsylvania Journal of International Economic**, v. 23, p. 325–382, 2002.
- SCOCUGLIA, Livia. **MPT Processa Cade por Não Entregar Documentos em Inquérito**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/mpt-processa-cade-negar-documentos-apuracao-dispensa-massa>>. Acesso em: 14 mar. 2015.
- SEMMELMANN, Constanze. **Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC**. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- SEN, Amartya K. Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. **Philosophy & Public Affairs**, v. 6, n. 4, p. 317–344, 1977.
- SHECAIRA, Fábio P. **Peculiaridades da Argumentação sobre Fatos no Campo do Direito**. Disponível em: <<https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ArtigoIMEShecaira.pdf/544083732/ArtigoIMEShecaira.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.
- SHELANSKI, Howard A.; SIDAK, J. Gregory. Antitrust Divestiture in Network Industries. **The University of Chicago Law Review**, v. 68, n. 1, p. 1–99, 2001.
- SHELKOVA, Natalya. Low-Wage Labor Markets and the Power of Suggestion. **Review of Social Economy**, v. 73, n. 1, p. 61–88, 2015.
- SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Dynamic Competition in Antitrust law. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009.
- SIMS, Joe; MCFALLS, Michael. Michael, Negotiated Merger Remedies: How Well Do They Solve Competition Problems. **George Washington Law Review**, v. 69, p. 932–951, 2000.
- SMITH, Patrick; SWAN, Andrew. Public Interest Factors in African Competition Policy. **The African and Middle Eastern Antitrust Review**, v. 2014, p. 1–6, 2014.
- SOLOW, John L.; FLETCHER, Daniel. Doing Good Economics in the Courtroom: Thoughts on Daubert and Expert Testimony in Antitrust. **Journal of Corporation Law**, v. 31, p. 489, 2005.
- STAIGER, Douglas O.; SPETZ, Joanne; PHIBBS, Ciaran S. Is There Monopsony in the Labor Market? Evidence from a Natural Experiment. **Journal of Labor Economics**, v. 28, n. 2, p. 211–236, 2010.
- STELMACH, Jerzy; BROŻEK, Bartosz. **Methods of Legal Reasoning**. Dordrecht: Springer, 2006.
- SUFRIN, Brenda. The Evolution of Article 81(3) of the EC Treaty. **Antitrust Bulletin**, v. 51, n. 4, p. 915–981, 2006.
- SULLIVAN, E. Thomas. Antitrust Remedies in the US and EU: Advancing a Standard of Proportionality. **Antitrust Bulletin**, v. 48, p. 377, 2003.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TINDALE, Christopher W. Fallacies, Blunders, and Dialogue Shifts: Walton's Contributions to the Fallacy Debate. *Argumentation*, v. 11, n. 3, p. 341–354, 1997.

TODOROV, Francisco Ribeiro; FILHO, Marcelo Maciel Torres. History of Competition Policy in Brazil: 1930-2010. *Antitrust Bulletin*, v. 57, p. 207–257, 2012.

TOWNLEY, Christopher. **Article 81 EC and Public Policy**. Oxford: Hart Publishing, 2009.

TOWNLEY, Christopher; CARDINALI, Adriana. A Utilização dos Precedentes da União Europeia no Direito Concorrencial Brasileiro. In: **Direito Econômico e Social: Atualidades e Reflexões sobre Direito Concorrencial, do Consumidor, do Trabalho e Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TRIBE, Laurence H. Policy Science: Analysis or Ideology? *Philosophy & Public Affairs*, p. 66–110, 1972.

TUORI, Kaarlo. Two Challenges to Normative Legal Scholarship. *Scandinavian Studies in Law*, v. 53, p. 177–202, 2008.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/archived-antitrust-division-policy-guide-merger-remedies-october-2004#3b>>. Acesso em: 16 out. 2015.

VAN DEN BERGH, Roger; CAMESASCA, P. D. N. Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust. *European Law Review*, v. 25, n. 5, p. 492–508, 2000.

VAN EEMEREN, Frans H. Fallacies as Derailments of Argumentative Discourse: Acceptance Based on Understanding and Critical Assessment. *Journal of Pragmatics*, v. 59, p. 141–152, 2013.

VAN ROERMUND, Bert. Theory and Object in Law: the Case for Legal Scholarship as Indirect Speech. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). **Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?** Oxford: Hart, 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1991.

WACHTER, Michael L. Labor Economics: Its Implications for Labor and Employment Law. In: WACHTER, Michael L.; ESTLUND, Cynthia L. (Org.). **Research Handbook on the Economics of Labor and Employment Law**. Northampton: Edward Elgar, 2013.

WAGEMANS, Jean H. M. The Assessment of Argumentation from Expert Opinion. *Argumentation*, v. 25, n. 3, p. 329–339, 2011.

WALLER, Spencer Weber. Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement. *Oregon Law Review*, v. 77, p. 1383, 1998.

WALTON, Douglas. Evaluating Practical Reasoning. *Synthese*, v. 157, n. 2, p. 197–240, 2007.

WALTON, Douglas. Examination Dialogue: An Argumentation Framework for Critically Questioning an Expert Opinion. *Journal of Pragmatics*, v. 38, n. 5, p. 745–777, 2006.

WALTON, Douglas. **Informal Logic: A Pragmatic Approach**. 2. ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2008.

WALTON, Douglas N. **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**. University Park: Pennsylvania State University Press, 1997.

WALTON, Douglas N. Bias, Critical Doubt and Fallacies. *Argumentation and Advocacy*, v. 28, p. 1–22, 1991.

WALTON, Douglas N. **Fundamentals of Critical Argumentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WALTON, Douglas N. **Informal Logic: A Pragmatic Approach**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WALTON, Douglas N. **Legal Argumentation and Evidence**. University Park: Pennsylvania State University Press, 2002.

WALTON, Douglas N. **Practical Reasoning: Goal-driven, Knowledge-based, Action-guiding Argumentation**. Savage: Rowman & Littlefield, 1990.

WALTON, Douglas N. Visualization Tools, Argumentation Schemes and Expert Opinion Evidence in Law. **Law, Probability and Risk**, v. 6, n. 1-4, p. 119–140, 2007.

WALTON, Douglas N. What is Reasoning? What Is an Argument? **The Journal of Philosophy**, v. 87, n. 8, p. 399–419, 1990.

WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni. Teleological Justification of Argumentation Schemes. **Argumentation**, v. 27, n. 2, p. 111–142, 2013.

WENDEL, W. Bradley. Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Legal Analysis. **Cornell Law Review**, v. 96, p. 1035–1074, 2010.

WOODBURY, Stephen A. Unemployment. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; ORLY, Lobel (Org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar, 2009.

WRIGHT, Joshua D. Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, p. 241–271, 2012.

WRIGHT, Joshua D. Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now? In: MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. (Org.). **Competition Policy and Patent Law under Uncertainty**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Legislação:

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei No. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Lei No. 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Lei No. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º jan. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Lei No. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Lei No. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Lei No. 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 nov. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Portaria Interministerial MJ/MF No. 994, de 30 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Resolução No. 1, de 29 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 maio 2012. Disponível em: <[http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20\(2\).pdf](http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20(2).pdf)>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Resolução CADE No. 28, de 24 de Julho de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de ago. 2002. Disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20N%C2%BA%2028.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. Portaria Conjunta SEA/SDE No. 50, de 1º de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 ago. 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2016.

BRASIL. Protocolo de Intenção de Reestruturação Produtiva e Requalificação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 mar. 1997. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0091096.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2016.

Acórdãos:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Oitava Turma. **Recurso Ordinário em Ação Civil Pública No. 0001618-39.2012.5.01.0023**. Recorrentes/Recorridos: VRG Linhas Aéreas S.A. e Webjet Linhas Aéreas S.A. Recorrente/Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relator: Des. Maria Aparecida Magalhães. Rio de Janeiro, 9 mar. 2013. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/510133/00016183920125010023%2309-09-2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma. **Recurso de Revista No. 414/2004-261-04-00.5**. Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas. Recorrida: Rosane Flores. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Brasília, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4311453/recurso-de-revista-rr-414001520045040261-41400-1520045040261/inteiro-teor-11119428>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista No. 2.793/2000-035-02-40.7.** Agravante: Antonio Augusto Salazar Mazarra. Agravada: Companhia de Bebidas das Américas. Relator: Min. Rosa Maria Weber, Brasília, 09 de ago. 2006. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1738659/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-2793402520005020035-279340-2520005020035/inteiro-teor-10118699>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança No. 56.815/2002-900-04-00.5.** Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas e outros. Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas da Alimentação de Montenegro e outros. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 23 maio 2006. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1662940/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-roms-5681500662002504-5681500-6620025040900/inteiro-teor-10050996>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Decisões Administrativas:

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08700.005719/2014-65.** Partes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator: Cons. Gilvandro de Araujo. Brasília, 02 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08700.005719/2014-65>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08700.009198/2013-34.** Partes: Estácio Participações S.A. e TCA Investimento em Participações Ltda. Relator: Cons. Ana Frazão. Brasília, 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08700.009198/2013-34>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08700.005447/2013-12.** Partes: Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Participações S.A. Relator: Cons. Ana Frazão. Brasília, 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08700.005447/2013-12>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 8700.004065/2012-91.** Partes: Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. e outros. Relator: Cons. Ana Frazão. Brasília, 02 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=8700.004065/2012-91>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08700.004150/2012-59.** Partes: Rede D'or São Luiz S.A. e outros. Relator: Cons. Ricardo Ruiz. Brasília, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08700.004150/2012-59>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.010038/2010-43**. Partes: Diagnósticos da América S.A. e MD1 Diagnósticos S.A. Relator: Cons. Ricardo Ruiz. Brasília, 12 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.010038/2010-43>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.008378/2011-95**. Partes: VRG Linhas Aéreas S.A. e Webjet Linhas Aéreas S.A. Relator: Cons. Ricardo Ruiz. Brasília, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.008378/2011-95>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.002259/2012-18**. Partes: Camargo Corrêa S.A. e CIMPOR - Cimentos de Portugal, SGPS, S.A. Relator: Cons. Alessandro Octaviani. Brasília, 4 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.002259/2012-18>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.005889/2010-74**. Partes: Fisher S.A. Comércio, Indústria e Agricultura e Citrovita Agro Industrial Ltda. Relator: Cons. Carlos Ragazzo. Brasília, 14 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.005889/2010-74>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.004423/2009-18**. Partes: Sadia S.A. e Perdigão S.A. Relator: Cons. Carlos Ragazzo. Brasília, 13 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.004423/2009-18>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.002243/2005-78**. Partes: Novartis AG e Hexal AG. Relator: Cons. Luis Fernando Vasconcellos. Brasília, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.002243/2005-78>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.001186/2005-18**. Partes: Eastman Kodak Company e Kodak Polychrome Graphics. Relator: Cons. Luiz Alberto Scaloppe. Brasília, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.001186/2005-18>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.000777/2005-60**. Partes: Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A. Relator: Cons. Luiz Alberto Scaloppe. Brasília, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.000777/2005-60>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 08012.005846/1999-12**. Partes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros. Relator: Cons. Hebe Teixeira Romano. Brasília, 29 mar. 2000. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=08012.005846/1999-12>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 47/1995**. Partes: Hoechst Marion Roussel S.A. e Merrell Lepetit Farmecêutica e Industrial Ltda. Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro. Brasília, 3 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0047/1995>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 79/1996**. Partes: Panex S.A. Indústria e Comércio e Alcan Alumínio do Brasil S.A. Relator: Cons. Lucia Helena Salgado. Brasília, 19 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0079/1996>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 2/1994**. Partes: Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados – Fosfértil. Relator: Cons. Antonio Fonseca. Brasília, 28 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0002/1994>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 14/1996**. Partes: Siderúrgica Laisa S.A. e Cia. Siderúrgica Pains. Relator: Cons. José Matias Pereira. Brasília, 27 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0014/1996>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 27/1995**. Partes: Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda. Relator: Cons. Lucia Helena Salgado. Brasília, 18 set. 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0027/1995>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 25/1995**. Partes: Santista Alimentos S.A. e CARFEPE S.A. Administradora e Participadora. Relator: Cons. Antonio Carlos Fonseca. Brasília, 07 ago. 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0025/1995>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 24/1995**. Partes: Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda. e Crown Química S.A. Relator: Cons. Edison Rodrigues Chaves. Brasília, 10 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0024/1995>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 56/1995**. Partes: Mellita do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Jovita Indústria e Comércio Ltda. Relator: Cons. Marcelo Monteiro Soares. Brasília, 19 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0056/1995>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração No. 19/1994**. Partes: Oriento Indústria e Comércio S.A. e Ajinomoto Co. Inc. Relator: Cons. Carlos Vieira de Carvalho. Brasília, 13 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Processo.aspx?processo=0019/1994>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

Decisões Administrativas Estrangeiras:

EU. Comissão Europeia. **Decisão No. 2004/134/EC.** Partes: General Electric Company e Honeywell International Inc. Direcção Geral da Concorrência. Bruxelas, 3. Jun. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004D0134>>. Acesso em: 1º jan. 2016.