

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO SANTOS TAVARES DA SILVA

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK: EXPOSIÇÃO TEÓRICA E
APLICAÇÃO NA ANÁLISE DE CASOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.**

BRASÍLIA,
DEZEMBRO DE 2011

Pedro Santos Tavares da Silva

A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: exposição teórica e aplicação na análise de casos do direito da concorrência.

Monografia apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Claudia Rosane Roesler

Brasília,
Dezembro de 2011

Pedro Santos Tavares da Silva

A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: exposição teórica e aplicação na análise de casos do direito da concorrência.

Monografia apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito [].

Brasília, (DF), 9 de dezembro de 2011

Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler
Professora Orientadora

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira.
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
Membro da Banca Examinadora

*Agradeço em especial à minha família por todo o
indispensável apoio durante essa graduação,
e à professora Claudia Roesler por toda a
ajuda na elaboração desse trabalho.*

“Pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo que em alegria ou diversão, mas se tiver lugar, a conversa acaba na conspiração contra o público, ou em qualquer artifício para fazer subir os preços.”

- Adam Smith, em “A Riqueza das Nações”

RESUMO: O trabalho procura explorar a argumentação jurídica em casos do direito da concorrência, em especial em casos de cartéis de combustíveis. Tenta, principalmente, identificar quais são algumas das exigências para uma condenação por cartel, e, utilizando os pressupostos da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, analisa determinadas decisões selecionadas sobre o tema, avaliando a racionalidade das exigências encontradas. Ele se divide em duas partes. A primeira é uma exposição dos principais pontos do pensamento jurídico de Neil MacCormick, autor de filosofia do direito na área da teoria da argumentação jurídica. Explicamos a sua visão em relação à centralidade do silogismo jurídico no direito, e sobre os problemas e limites na sua aplicação. O trabalho expõe, em seguida, as soluções apresentadas pelo autor para esses problemas: a utilização de argumentos baseados em universalização, consistência, coerência e consequencialismo jurídico. A segunda parte do trabalho é uma aplicação dos conceitos do mencionado autor na análise de casos do direito da concorrência brasileiro. O trabalho procura avaliar alguns dos principais argumentos utilizados no Brasil em casos de cartéis de postos de combustíveis. Apresenta três decisões que aplicam a lei de defesa da concorrência brasileira. Os diferentes argumentos identificados foram separados e avaliados à luz de pressupostos retirados da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. O trabalho tenta identificar, do ponto de vista jurídico, por que parece ser tão difícil investigar e condenar cartéis de postos de combustíveis no Brasil, e se há alguma solução argumentativa para esse impasse. Conclui, dentre outras coisas, que o mero uso de dados contábeis ou estatísticos, interpretados por teorias econômicas, foi dúbio em todos os casos, e sempre inconclusivo por si só. Os mesmos indícios, porém, quando também analisados por raciocínios de razão prática, podem resultar em decisões diferentes.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da argumentação jurídica. Neil MacCormick. Direito da concorrência. Cartéis de postos de combustíveis. Infração à ordem econômica. CADE.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	09
--------------------	----

Primeira parte: exposição teórica.

2. Justificação por dedução.....	12
2.1 A justificação por dedução às vezes ocorre.....	14
2.2 O silogismo jurídico.....	15
2.3 Algumas respostas às críticas.....	17
3. Limites da justificação por dedução.....	19
3.1 Problemas de interpretação.....	20
3.2 Problemas de pertinência.....	21
3.3 Problemas de prova.....	22
3.4 Problemas de qualificação.....	22
4. O requisito da universalização.....	25
4.1 Incompatibilidade do particularismo com o Estado de Direito – a decisão de Salomão.....	26
4.2 Universalização versus generalização.....	28
5. Os requisitos de consistência e coerência.....	30
5.1 Critério da consistência.....	30
5.2 Coerência normativa.....	31
5.3 Coerência narrativa.....	33
6. Os argumentos consequencialistas.....	35
6.1 Limites do consequencialismo.....	36
6.2 Consequencialismo jurídico.....	36
6.3 Avaliando as consequências.....	37

Segunda parte: análise de casos.

7. Decisão do CADE - Postos de Combustíveis em Blumenau.....	38
7.1 Resumo do caso.....	38
7.2 Principais argumentos da decisão. Análise de consistência.....	38
7.2.1 Arquivamento da investigação contra os postos de Blumenau.....	39

7.2.2 Arquivamento de outros casos de cartéis de postos de gasolina. Suposta concorrência perfeita.....	39
7.3 Análise de universalização e consequencialismo lógico-jurídico da decisão.....	42
8. Jaboticabal – Cartel de Postos de Combustíveis.....	43
8.1 Resumo do caso.....	43
8.2 Principais argumentos da decisão analisada. Análise de consistência.....	43
8.3 Análise de coerência.....	45
9. Comparação da argumentação nos casos apresentados.....	48
9.1 Indício de acordo.....	48
9.2 Sobre o argumento da “estrutura do mercado”.....	49
9.2.1. Análise do argumento da “estrutura do mercado” proposto pelo CADE.....	50
9.2.2. Argumento da estrutura do mercado na sentença.....	53
10. Cartel do aço.....	55
10.1 Resumo do Caso.....	55
10.2 Principais argumentos das decisões analisadas.....	55
10.2.1 Cartel do Aço. Argumentação na decisão do CADE.....	55
10.2.2 Cartel do Aço. Argumentação no TRF-1.....	57
10.3 Análise de consistência.....	58
11. Conclusões.....	60
12. Referências bibliográficas.....	64

1 Introdução

No presente trabalho de conclusão de curso, procuramos explicar e expor a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick e aplicar alguns de seus conceitos na análise da argumentação na decisão de alguns casos do direito da concorrência. A apresentação da teoria de MacCormick não será de forma alguma exaustiva, mas sim sintética, tendo em vista as próprias limitações do presente trabalho em comparação com a vasta produção do mencionado autor.

O trabalho procura sintetizar os principais pontos do pensamento de MacCormick. Neil MacCormick foi um filósofo do direito, com atuação política na Escócia. Lecionou na universidade de Edimburgo de 1972 a 2008, quando faleceu. Dentre suas principais obras publicadas no Brasil, destacam-se os livros “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, de 1978, e o “Retórica e o Estado de Direito”, de 2005. É baseado nessas duas obras que desenvolveremos a exposição no presente trabalho.

A teoria de MacCormick pode ser sintetizada em alguns pontos aqui apresentados nessa introdução, sendo que algumas das sutilezas do pensamento serão melhor desenvolvidas ao longo do trabalho. Primeiro, MacCormick identifica que a justificação básica no direito é uma justificação de natureza dedutiva: diante de fatos operativos, aplicam-se determinadas consequências normativas. Porém, isso não é o bastante para solucionar controvérsias em casos problemáticos, nos quais nem os fatos operativos nem as consequências normativas são claras.

MacCormick identifica 4 tipos de problemas que podem ocorrer com as premissas do raciocínio dedutivo no direito. São eles os problemas de interpretação, problemas de pertinência, problemas de prova e problemas de qualificação. Esses problemas serão explicados no capítulo 3 do trabalho. Quando eles ocorrem, o julgador deve fazer uma escolha entre aplicações por vezes conflitantes do direito: os mesmo fatos operativos e as mesmas normas gerariam consequências normativas diferentes.

Seguindo a ideia de que o direito é uma atividade racional, MacCormick foge da ideia de que, em casos problemáticos, o que se faz é simplesmente arbitrário. Ele diz que há uma racionalidade além da dedução silogística que está presente no direito nos casos difíceis, e essa racionalidade é retórica. Ele propõe quatro critérios para analisar a racionalidade de argumentos: a universalização, a consistência, a coerência e o consequentialismo jurídico.

Em resumo, esses critérios podem ser definidos assim:

(i) universalização – um argumento deve poder ser afirmado na forma de um princípio de ação universal aceitável, que poderia ser aplicado de forma satisfatória a todos os casos com as mesmas características decisivas;

(ii) consistência – a exigência da consistência significa que as afirmações constantes de um raciocínio de justificativa devem ser postuladas de forma livre de contradições entre si. Difere da coerência na medida em que esse último critério relaciona-se com o sentido que se dá à narrativa¹. É possível criar uma narrativa livre de inconsistências, mas cujo sentido seja de alguma forma injusto, e por isso a consistência não se sustenta sozinha como critério de avaliação de argumentos.

(iii) coerência – resumidamente, a coerência diz respeito aos princípios e valores que são afirmados ou almejados na decisão, e sobre a justificabilidade desses princípios e valores no delineamento de uma forma de vida satisfatória². Ou seja, esse critério procura identificar se os valores afirmados em uma decisão, em conjunto, são aceitáveis e válidos.

(iv) consequencialismo jurídico – diz respeito não às consequências sociais de longo prazo, difíceis de serem calculadas e avaliadas de fato, mas aos comportamentos logicamente permitidos pela decisão, de forma que, se esses comportamentos forem aceitáveis, as consequências possíveis são tidas como aceitáveis também, e vice-versa.

A primeira parte do trabalho busca explicar a teoria de MacCormick. A exposição será feita da seguinte forma: selecionamos trechos centrais que conceituam os principais pontos da teoria, que serão parafraseados e explicados.

A segunda parte busca aplicar alguns desses conceitos na análise de decisões do direito da concorrência. As decisões analisadas foram selecionadas segundo uma lógica e a sua análise busca responder uma questão: quais são as exigências para a condenação pela infração de cartel? Não se trata de uma análise de jurisprudência, mas de uma análise comparativa e crítica da argumentação de diferentes entes do Estado ao tratarem do mesmo objeto. Ou seja, o trabalho é um estudo sobre a aplicação e a relevância da teoria argumentativa de MacCormick em diferentes casos semelhantes.

Para tanto, selecionamos duas decisões diametralmente opostas sobre cartéis de postos de combustíveis. A primeira, do CADE, arquivou uma investigação por falta de provas. A segunda, do judiciário, inverteu o ônus da prova e condenou os postos a uma multa. A terceira decisão firmou um precedente acerca da aplicação da lei de defesa da concorrência

¹ MACCORMICK, 2008, pg. 248

² MACCORMICK, 2008, pg. 253

em relação à aplicação dos artigos que dizem respeito à condutas anticompetitivas e seus efeitos. Essa última decisão foi analisada com a intenção de tentar extrair dela alguma solução para o impasse identificado na análise das outras duas.

Uma das principais questões com as quais nos deparamos em relação à aplicação da lei de defesa da concorrência foi quanto aos artigos que tratam de efeitos econômicos das condutas anticompetitivas, e a sua relação com a necessidade da prova de uma conduta atrelada a esses efeitos. Na conclusão, procuramos responder se seria necessária a comprovação de alguma conduta atrelada aos efeitos descritos no artigo 20 da lei 8.884 de 1994³. Tentamos identificar na atual jurisprudência se seria possível a aplicação de penalidades antitrustes baseadas apenas em efeitos, mesmo que não se demonstre diretamente alguma conduta, como a combinação de preços.

³ O projeto de lei da Câmara 06/2009, já aprovado pelo congresso, altera a lei de defesa da concorrência. O artigo correspondente na nova lei é o 36, e a sua redação é idêntica aos artigos 20 e 21.

2 Justificação por dedução

Um dos principais problemas que MacCormick procura enfrentar ao longo de sua obra é quanto à questão de como é possível justificar decisões jurídicas. O método pelo qual ele se propõe a explorar esse assunto é através de análise de decisões judiciais.

Ao longo de suas obras, são referenciadas diversas decisões do direito anglo-saxão que corroboram suas teses. Dessa forma, o seu pensamento é apoiado em evidências empíricas de como o Estado de Direito funciona.⁴

Segundo MacCormick, o seu estudo da argumentação jurídica é voltado para o processo de argumentação jurídica como um processo de justificação. Esse é o objeto de estudo do autor: o direito como justificação. Ele afirma expressamente que *"o processo que vale estudar é o processo de argumentação como um processo de justificação"* (MacCormick, 2006, p.25). Essa afirmação, segundo ele, não deve ser tomada apenas como um juízo de valor, mas principalmente como a delimitação do estudo empreendido por ele em suas obras.

A justificação é importante porque ela está presente em praticamente todo tipo de atividade dentro de uma sociedade livre: é possível exigir a justificação legal de quase todas as atividades, reivindicações, refutações, etc. de um cidadão dentro da maioria das sociedades guiadas pelo modelo do Estado Democrático de Direito. De uma classe em especial, os juízes, é exigido que tomem decisões que estejam amparadas pelas normas do direito. Para fazerem isso, é necessário que juízes descubram quais dentre as possíveis decisões para um caso estariam devidamente justificadas.⁵

No Estado de Direito, exige-se dos juízes que fundamentem suas decisões. Não é suficiente que eles ponderem seus motivos de forma particular: eles devem tornar públicas as razões legais que justificam aquela tomada de decisão no caso em particular. E essas decisões são publicadas e arquivadas. Essa riqueza de material é um dos principais motivos pelo qual MacCormick opta por basear seu estudo na argumentação de decisões, pela sua facilidade de estudo⁶.

A sua teoria é, portanto, descritiva, mas também normativa, na medida em que prescreve formas mais ou menos aceitáveis ou racionais de argumentação prática. Dessa forma, MacCormick se insere em na corrente de pensamento jurídico que ele mesmo

⁴ MacCormick toma, como objeto de estudo, as decisões publicadas dos tribunais de justiça britânicos (da Inglaterra e da Escócia), mas considera que, quanto ao fundamental, o modelo pode se estender para qualquer sistema jurídico (pelo menos para qualquer sistema jurídico evoluído). (ATIENZA, 2006, p.120)

⁵ MACCORMICK, 2006, p.25

⁶ MACCORMICK, 2006, p.25

denomina pós-positivista. Claudio Michelon Jr. assim posiciona o pensamento de MacCormick a esse respeito:

MacCormick acredita que é um erro excluir da teoria do direito o caráter prescritivo da razão prática. Para ele, tanto o raciocínio jurídico quanto a teoria jurídica devem estar baseadas em uma teoria geral da razão prática. O direito é, afinal, uma ordem normativa institucionalizada, e não simplesmente uma forma de descrever certos fatos (ou um conjunto de prescrições que não tem, em si mesmos, uma relevância clara sobre os comportamentos futuros). A sua insistência de que o direito deve ser entendido no contexto da razão prática geral (em outras palavras, como tendo um impacto direto, embora não final, na ação) é o motivo, colocado na forma mais abstrata, pelo qual MacCormick considera a si mesmo um “pós-positivista”. (MICHELON, 2009, p. 59, tradução nossa)⁷

Segundo esse mesmo autor, o ponto de partida da teoria de MacCormick seria a identificação de como se justificam as ações no âmbito do direito, e não apenas como se opera o convencimento. MacCormick tenta demonstrar que o raciocínio jurídico não existe apenas para convencer, mas de fato para justificar o proceder dos agentes no Estado de Direito.⁸ Essa interpretação é compartilhada por Manuel Atienza, quando ele afirma que:

A argumentação prática, em geral, e a argumentação jurídica, em particular, cumprem, para MacCormick, essencialmente, uma função de justificação. Essa função justificadora está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é - no caso da argumentação jurídica se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes. (ATIENZA, 2006, p.119)

A primeira conclusão que MacCormick apresenta quanto ao caráter argumentativo do direito é a de que a justificação jurídica se dá em grande parte por meio de silogismos muito semelhantes aos silogismos da lógica formal clássica (se *p*, então *q*).

⁷ MacCormick believes that this exclusion of the prescriptive, of the element of practical reason, from legal theory is a mistake. For him, both legal theory and legal reasoning must be based in a general theory of practical reasoning. Law is, after all, an institutional normative order, and not simply a way to describe certain facts (or a set of prescriptions that do not have, in themselves, a clear claim n future behavior). His insistence that law be understood in the context of general practical reason (i.e. as having a direct, although not final, bearing on action) is the reason, put at its most abstract, why MacCormick considered himself to be a “post-positivist”. (MICHELON, 2009, p. 59)

⁸ MICHELON, 2009, p. 57

MacCormick enxerga no silogismo a centralidade do pensamento jurídico. O papel desempenhado pelo silogismo jurídico é, para ele, central na estrutura do direito, ainda que não seja a única estrutura utilizada para a justificação. Para MacCormick, é importante enfatizar que a forma lógica da dedução possui uma importância fundamental no direito. No entanto, essa importância não nega a importância desempenhadas por outros tipos de racionalidade argumentativa.

A importância da argumentação informal, probabilística, retórica, avaliativa, não é negada pela ênfase dada ao silogismo. Mas, para MacCormick, a compreensão desses outros tipos de argumentação e o seu papel na justificação jurídica só é possível pela compreensão, em primeiro lugar, pelo papel central do silogismo⁹.

2.1 A justificação por dedução às vezes ocorre

Nesse primeiro capítulo, tentamos descrever o pensamento de MacCormick quanto à possibilidade do deducionismo no direito, apresentando os principais argumentos fornecidos por ele para corroborar essa tese. Na sua obra de 1978, MacCormick se propõe a provar essa tese desconstruindo a argumentação de uma decisão judicial, o caso *Daniels versus R. White and Sons and Tarbard*¹⁰, de 1938, apresentando seus elementos mais básicos e encadeando-os na forma de um argumento lógico, cuja conclusão é a sentença.

MacCormick desenvolve 17 argumentos encadeados que partem de proposições gerais e progressivamente introduzem os elementos específicos do caso. Ele deixa claro que a lógica formal não é o que determina a necessidade da sentença. A sentença é proferida, em última análise, pelo dever do juiz em sentenciar de forma justificada, e a justificação deve, a seu turno, ser racional. E o requisito da racionalidade é atendido, da maneira mais simples, na maioria dos casos em que não há problemas, pela lógica formal.

Segundo MacCormick, a investigação acerca do caráter dedutivo dos argumentos jurídicos em decisões judiciais é validada independentemente da correção das constatações que os juízes fazem acerca dos fatos. Segundo ele, mesmo que todas as conclusões de um caso estivessem erradas, ainda assim seria interessante, do ponto de vista da sua investigação sobre a teoria da argumentação, saber se o raciocínio que levou a essas conclusões é de alguma forma dedutivo.¹¹

⁹ MACCORMICK, 2008, p 44-45

¹⁰ ([1938] 4 Ali E.R. 258)

¹¹ MACCORMICK, 2006, p.46

Esse tipo de investigação serve um importante propósito na obra de 1978 de MacCormick. Segundo ele, provar de forma conclusiva que a argumentação de forma dedutiva ocorreu em pelo menos um caso concreto significa provar que ela é possível, e, portanto, real. Essa abordagem pode sofrer uma crítica no sentido de que provar que a justificação dedutiva acontece em alguns casos não significa que ela aconteceria sempre, ou que esse seria o método escolhido pelos julgadores para aplicar o direito. Também pode ser criticada no sentido de que seria possível encontrar justificativas dedutivas para qualquer decisão *a posteriori*. Podemos responder a ambas as críticas com a afirmação de que a teoria da argumentação se ocupa com a racionalidade das decisões em si mesmas e não com os motivos que levaram os julgadores a decidir de determinada forma. Sendo assim, se for possível demonstrar que a justificação dedutiva acontece em algumas decisões, fica demonstrado que é possível o uso do silogismo no direito. Ultrapassada essa barreira e provado o uso do silogismo no direito, restaria identificar se a argumentação dedutiva ocorre sempre, e, caso contrário, identificar que tipo de argumentação é utilizado quando o silogismo jurídico não é suficiente. A investigação de MacCormick chega à conclusão de que o silogismo não é suficiente em todos os casos, quer seja porque ele simplesmente não alcança a complexidade do assunto tratado, quer seja porque, por algum motivo, o juiz ou o tribunal decidiram adotar outro tipo de argumentação.¹²

O mencionado caso *Daniels* apresenta uma complicação: nele, o autor havia comprado uma garrafa de limonada de um vendedor. A limonada estava contaminada com ácido carbólico, causando danos ao autor. A sentença concluiu que o fabricante não deveria ser condenado a pagar indenização, mas sim o vendedor, mesmo sendo inocente.

Apesar de “lógica” no sentido formal, a sentença seria “ilógica”, no sentido de ser injusta por condenar alguém inocente (fato este que inclusive levou o juiz a acrescentar uma nota de tristeza à sentença). MacCormick faz a distinção no uso do termo “lógico”: tanto pode significar, no vocabulário comum, algo justificado pela lógica formal, quanto algo justo. Ele explica que a sentença não pôde condenar o fabricante porque o autor não produziu nenhuma prova de que aquele havia sido negligente na fabricação do produto, sendo que o único responsável que sobrou pelo dano seria o vendedor (não havendo inversão do ônus da prova nesse caso).

2.2 O silogismo jurídico.

¹² MACCORMICK, 2006, p.46

A forma lógica “se *p*, então *q*” do silogismo judicial já está presente nas próprias petições iniciais, e seria uma decorrência do próprio processo e da forma como o direito é aplicado. Para MacCormick, as normas jurídicas são proposições universais, que estabelecem relações entre entes genéricos. Os fatos particulares de cada caso são premissas menores. Os litigantes se apoiam nas leis, e tentam demonstrar como a sua situação particular se encaixa de forma lógica às leis correspondentes.¹³

Com esses argumentos, MacCormick explica que o direito se utiliza do silogismo de forma ampla, e que as leis, como premissas maiores no sistema, fazem toda a diferença para os julgadores e as partes, mesmo que se entenda que elas precisam ser interpretadas. Ele reforça esse argumento citando a importância dada à lobistas que atuam junto aos parlamentos na defesa de grupos de interesse: se o direito dependesse apenas de interpretação, não haveria tanto interesse na propositura e alteração de leis.

Segundo MacCormick, citando D. M. Walker, em “*The Theory of Relevancy*”, as petições iniciais e a defesa de um caso representam uma clara tentativa de construção de um silogismo jurídico. As leis seriam proposições universais, premissas maiores, que lidam com entes abstratos em situações gerais e hipotéticas, tais como o “consumidor”, “consumidor que tenha sofrido dano”, “produto”, “defeito do produto” ou “produtor”, por exemplo. E essas proposições abstratas seriam enunciadas de tal forma a identificar certas consequências também abstratas, tais como “o produtor é responsável por indenizar o consumidor pelos danos causados pelo defeito do produto”. Então, de um lado, o operador do direito encontra uma infinidade de situações concretas e elementos particulares no mundo, dos quais ele precisa selecionar um conjunto que se encaixe às proposições universais enunciadas no texto legal. Esses elementos fáticos seriam a consubstanciação das premissas maiores e universais encontradas na lei. Seriam, portanto, premissas menores, fatos operativos.¹⁴

MacCormick deixa claro ao longo de seu texto que o silogismo não é a única forma de argumentação no direito, mas que é o pano de fundo para todas as outras formas de argumentação. De fato, toda a sua teoria sobre a retórica jurídica se baseia nesse ponto. Analisaremos no capítulo seguinte os principais problemas com os quais os operadores do direito se deparam ao lidar com normas e fatos em casos complexos. MacCormick divide

¹³ Podemos ver até mesmo no nosso código de processo civil essa estrutura silogística refletida nos requisitos da petição inicial, no artigo 282, inciso III: “a petição inicial indicará: [...] III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”, e nos requisitos da sentença, no artigo 458, inciso II: “são requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.”

¹⁴ MACCORMICK, 2008, p 48

esses problemas em quatro tipos de problemas: de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação. Esses problemas dariam origem a normas muitas vezes opostas, cuja aplicação resultaria em decisões distintas. A solução desse problema seria recorrer a outro nível de argumentação não dedutiva, mas ainda assim persuasiva.

Em resumo: se a tese central de MacCormick está correta, e o silogismo jurídico é, de forma implícita ou explícita, a “moldura” de toda a argumentação jurídica, então, segundo ele, a necessidade de aplicação de outras formas de argumentação se apresenta quando há algum problema na simples argumentação dedutiva. MacCormick afirma que esses problemas assumem um número limitado de formas, as quais ele se propõe a analisar.¹⁵

2.3 Algumas respostas às críticas

No capítulo 4 de “Retórica e o Estado de Direito”, MacCormick rebate algumas críticas formuladas à sua obra de 1978 no tocante à esse aspecto deducionista da sua teoria. Por uma questão de espaço, não faremos uma exposição de toda a discussão realizada no capítulo citado. Citaremos apenas uma dessas objeções aqui, que MacCormick intitula de “objeção kelseniana”. Ela consiste, basicamente, em afirmar que decisões são tomadas, não deduzidas. Decisões seriam atos de vontade, que não seriam decorrência de premissas ou de uma dedução. Nas palavras de Kelsen:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar **combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha** entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada. (KELSEN, 1998, p. 249, grifo nosso)

MacCormick concorda que as decisões jurídicas não são uma implicação lógica da argumentação deduzida na justificação da decisão. Mesmo que as razões de uma decisão tenham sido corretamente formuladas e enunciadas em uma decisão, isso não é o fator que

¹⁵ MACCORMICK, 2008, p 57

coage o julgador a adotar aquela decisão em particular. É verdade, portanto, que decisões são atos de vontade, e não inferências lógicas deduzidas da cognição. Segundo MacCormick, uma das teses centrais de Kelsen seria essa, a de que não é o argumento lógico que compele o julgador a tomar uma decisão, mas que a decisão seria apenas um ato de vontade. Mas a tese de Kelsen que MacCormick rejeita é a de que não existiria qualquer lógica no pensamento normativo.¹⁶ Essa afirmação discutível de MacCormick baseia-se em obras póstumas de Kelsen¹⁷

MacCormick rebate essa objeção afirmando que sim, de fato, decisões são atos de vontade, que não são decorrentes de um raciocínio lógico. Porém, a *justificativa* da decisão está sujeita a uma análise lógica. Um raciocínio lógico não determina que uma decisão será tomada. Ele apenas a justifica. Se um determinado tribunal decidir que alguém deve ser condenado, para justificar tal condenação o tribunal deverá elencar argumentos de forma lógica, usando as leis e os fatos particulares do caso. Mas o raciocínio lógico desenvolvido a partir das leis não é o que determina a decisão.

MacCormick aceita a tese do “ato de vontade”, mas rejeita, de forma enfática, a consequência que Kelsen atribui a essa tese, a de que não haveria racionalidade intrínseca na decisão. MacCormick concorda que um ato de decisão, como qualquer outro ato, não é uma decorrência lógica de determinadas premissas, mas, para ele, *“isso não significa que conclusões relevantes para a questão “qual decisão seria justificável em um dado caso?” não possam ser derivadas de premissas relevantes e apropriadas.”* (MacCormick, 2008, p. 74).

MacCormick usa o seguinte exemplo para demonstrar que o ato de decisão não pode ser deduzido de premissas. As premissas de que “toda pessoa condenada por homicídio deve ser sentenciada à prisão perpétua pelo Tribunal de Primeira Instância” e “Smith é uma pessoa condenada por homicídio” não são o que sustentam a decisão do juiz ao dizer que “Smith será condenado à prisão perpétua”. Essas premissas permitem apenas concluir que “o tribunal deveria condenar Smith à prisão perpétua”. A conclusão é diferente da decisão, apesar de ser diretamente relevante para a decisão do tribunal: ela limita as possibilidades racionais e justificáveis da decisão.¹⁸

Concluindo: a justificação dedutiva é central na aplicação do direito. Quando ocorrem problemas que impedem a resolução do conflito apenas pela aplicação silogística do

¹⁶ MACCORMICK, 2008, p. 73

¹⁷ MacCormick cita: “Hans Kelsen, *Essays in legal and Moral Philosophy* (Dordrecht: D. Reidel, 1973), capítulos 10-12, esp. capítulo 10; Vienna, e *Allgemeine Theorie der Normen* (Mainz: Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1979), capítulo 58, esp. p. 188-9. Cf. Ota Weinberger, “Logic and the Pure Theory of Law”, em R. Tur e W. Twining (orgs.), *Essays on Kelsen* (Oxford University Press, 1986), p. 187-201.”

¹⁸ MACCORMICK, 2008, p. 74

direito, outras formas de argumentação surgem para fundamentar a escolha entre uma norma e outra. A justificação não determina a aplicação da sentença, que decorre de um dever do juiz, de um ato de vontade.

3 Limites da justificação por dedução.

Segundo MacCormick, para que a justificação dedutiva funcione no direito, são necessários dois pressupostos: primeiro, que os juízes devem decidir segundo as leis. Esse pressuposto seria decorrente da própria função exercida pelo magistrado: as pressões sociais de carreira e aceitação dentro da comunidade jurídica, além da própria vontade dos juízes em proferir decisões segundo as leis, seriam fatores que contribuiriam para que magistrados se adstringissem principalmente às leis nas suas decisões. É discutível se esses seriam de fato os fatores preponderantes a influenciarem magistrados, e uma investigação a esse respeito está além do âmbito da teoria da argumentação jurídica, que se ocupa com o contexto da justificação, e não com o contexto da descoberta.¹⁹

Para MacCormick, as pressões que os juízes sofrem para aplicar justificativas segundo o direito seriam bastante fortes, e aparentemente bastante eficazes. Segundo ele, os juízes são compelidos a agir e a parecer da forma que se espera que ajam. As justificativas e razões que os juízes divulgam como sustentação de suas decisões devem ser razões que, pelo menos aparentemente, demonstrem que os juízes estão garantindo a “justiça de acordo com o direito”.²⁰

As leis devem, portanto, ser as premissas maiores nas decisões judiciais. Subjacente a esse pressuposto está a necessidade de definir quais seriam essas leis. A “aceitação” social das leis, tanto pela população em geral, mas principalmente pelas pessoas que conferem poderes aos juízes, é o que determina qual o processo por meio do qual as leis passam a ser válidas.

Segundo MacCormick, seria compartilhado tanto pelo pensamento do direito natural quanto pelo pensamento do direito positivista a tese segundo a qual os sistemas

¹⁹ “A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como as de Alexy ou de MacCormick, abordadas mais adiante neste livro) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)” (ATIENZA, 2006, p. 22)

²⁰ MACCORMICK, 2006, p.21

jurídicos possuem os seus próprios critérios de verificação de quais normas seriam válidas dentro do sistema, critérios esses sustentados pela aceitação da sociedade na qual o sistema se insere. O cumprimento de um certo número mínimo de critérios seria necessário para que determinada norma seja considerada válida. MacCormick se refere a esse pensamento como a “tese da validade”. Essa tese da validade é o pressuposto da justificação por dedução de decisões judiciais: *“dada uma norma válida “se p então q”, e dado que houve uma ocorrência de p, uma decisão jurídica que ponha q em vigor (que expresse uma consequência legal) é uma decisão justificada.”* (MacCormick, 2006, p.78-79)

Mas aplicar a lei nem sempre é uma tarefa simples. MacCormick divide os possíveis casos jurídicos em duas categorias, casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis seriam aqueles em que as premissas são claras: os fatos operativos (FO) estão provados e as consequências normativas (CN) são simplesmente deduzidas deles e da lei, sem maiores entraves interpretativos.

Podemos imaginar que a prática reiterada da aplicação do direito se traduz no fato de que a maioria dos juízes se defrontará com casos fáceis na maior parte do tempo. Mas quando há algum problema com alguma das premissas (FO ou CN), o caso em questão se torna um caso difícil, e tanto autor, juiz e réu deverão lançar mão de argumentos não dedutivos, de outra ordem de racionalidade, já que a lógica dedutiva não tem como justificar a aplicação de uma norma em detrimento de outra – a razão prática, por outro lado, existe precisamente para isso, auxiliar na tomada de decisões.

MacCormick classifica os possíveis problemas de aplicação de normas em quatro: problemas de interpretação e problemas de pertinência, que dizem respeito às premissas normativas, e problemas de prova e de qualificação, que dizem respeito às premissas fáticas dos casos. Analisaremos agora cada um desses problemas. Na presente exposição usaremos o exemplo que MacCormick usou na obra de 1978 para esclarecer o significado dos conceitos a seguir.

3.1 Problemas de interpretação

O problema de interpretação acontece quando não há nenhuma dúvida sobre qual é a norma aplicável ao caso. Ou seja, existe uma norma “se p, então q” que é aplicável à situação. No entanto, ela pode ser aplicada de duas formas diferentes, pois a leitura da norma não permite, por si mesma, esclarecer qual deve ser a decisão. A norma pode ser aplicada de maneiras diferentes, a depender da interpretação feita dos seus termos. Nesses casos, é

necessário fazer uma escolha de qual interpretação aplicar antes de aplicar a norma de forma dedutiva. O problema de interpretação é muito semelhante ao problema de qualificação. MacCormick utiliza um caso de 1972 em que se questionava se a lei contra discriminação racial da Inglaterra deveria ser interpretada e ampliada também para cobrir casos de discriminação com base em nacionalidade.²¹

Em casos que apresentam esse tipo de problema, é típico que a leitura de uma determinada regra do tipo “Sempre que FO, então CN” dependa da interpretação de FO, CN, ou ambas. De fato, essas diferentes possíveis interpretações ocasionariam aplicações diferentes da norma, e essas aplicações diferentes seriam ambas juridicamente aceitas. A aplicação de uma implicaria uma decisão diferente da que resultaria da aplicação da outra, resultando na condenação ou liberação do réu, por exemplo.²²

Resolver um problema de interpretação de normas significa escolher duas versões rivais da determinada norma “se p então q” que é aplicável ao caso. Feita a escolha, a justificação por dedução pode ser feita normalmente no caso, ou seja, a norma escolhida pode ser aplicada. Porém, a justificação completa dessa decisão deve explicar por que aquela versão da norma foi escolhida, e não outra. A explicação e a justificação de por que uma norma foi escolhida em detrimento de outra nem sempre pode ser feita de forma dedutiva, e é portanto necessário recorrer aos argumentos avaliativos e retóricos que MacCormick analisará no restante de sua obra.²³

3.2 Problemas de pertinência

O problema de pertinência seria um problema de certa forma anterior ao problema de interpretação, no sentido de que ele trata de determinar se haveria uma norma “se p, então q” aplicável ao caso. É um problema, segundo MacCormick, mais comum no *Common Law*.

O caso utilizado por MacCormick para exemplificar esse problema é um caso sobre responsabilidade de indenização por parte do fabricante de uma bebida em mau estado de conservação em relação ao consumidor final. Ainda não havia norma específica no Reino

²¹ Ealing London Borough Council v. Race Relations Board ([1972] A.C. 342).

²² MACCORMICK, 2008, p. 58

²³ MACCORMICK, 2006, p. 86

Unido à época do caso (1932)²⁴, e a Câmara dos Lordes estabeleceu uma regra de cuidado razoável no processo de fabricação.

O problema de pertinência, segundo MacCormick, como já nos referimos, é um problema típico de sistemas não codificados de direito. Nele, o sucesso da pretensão ou da acusação dependem de uma leitura das fontes do direito relevantes de tal modo que essa leitura gere a regra aplicável ao caso. O problema de pertinência surge quando essa norma não é extraída de maneira simples das fontes relevantes, e o julgador necessita “criar” uma nova norma, muitas vezes utilizando-se da analogia ou outros tipos de argumentação não dedutiva. MacCormick cita o direito administrativo francês, e de fato qualquer outro sistema jurídico não codificado, como sujeito a encontrar esse tipo de problema na aplicação do direito e solução de determinados casos não abrangidos explicitamente pelas fontes do direito disponíveis.²⁵

3.3 Problemas de prova

O problema de prova lida com as premissas menores, os fatos operativos. Não dizem respeito à prova concreta do passado, mas sim a capacidade das partes em estabelecer indícios presentes que corroborem as alegações delas sobre o passado.

MacCormick usa como exemplo o caso *R. versus Voisin*²⁶, um caso de homicídio no qual um corpo feminino foi encontrado num embrulho e, preso a ele, havia um pedaço de papel com as palavras "*Bladie Belgiam*" escritas. MacCormick diz que, para aceitar como prova que tal corpo foi encontrado nessa situação, é necessário primeiro ter confiança na honestidade, na confiabilidade e na exatidão da testemunha que o encontrou.

As provas colhidas nesse caso foram o fato de que o acusado, ao lhe ser requisitado que escrevesse as palavras "*bloody Belgian*", as escreveu "*Bladie Belgiam*". Além disso, os braços e a cabeça da vítima estavam no porão do acusado, e as casas de ambos eram contíguas e continham manchas de sangue.

Ora, não houve provas diretas de que o acusado foi o assassino, mas a argumentação baseada em consistência e coerência nos diz que a narrativa segundo a qual ele foi o assassino “faz muito sentido” e merece ser acolhida. Não é a prova da verdade sobre o

²⁴ Donoghue v. Steuenson ([1932] A.C. 562; 1932 S.C. (H.L.) 31)

²⁵ MACCORMICK, 2008, p. 58

²⁶ R. V. Voisin [1918] 1 K.B. 531

passado que nos leva à condenação, e sim a consistência da narrativa e a veracidade das provas colhidas no presente.

Segundo MacCormick, o problema relacionado à prova ocorre quando todas as provas admissíveis, inclusive os elementos trazidos pela defesa, não são suficientes para demonstrar que os fatos operativos alegados na inicial ocorreram da forma descrita. Ou seja, as provas constantes no processo não são suficientes para autorizar uma decisão por si mesmas, sendo necessário recorrer a outros tipos de inferências avaliativas para solucionar a questão²⁷.

3.4 Problemas de qualificação

Nesse tipo de problema, existe uma norma que se aplica aos fatos trazidos, e eles podem até ter sido devidamente provados e não há ambiguidade na aplicação da norma. O único problema é quanto a qualificação dos fatos trazidos. Eles podem ser entendidos de formas diferentes, resultando em decisões diferentes. O problema de qualificação é semelhante ao problema de interpretação. A diferença é que, no problema de qualificação, trata-se de uma questão de fato, enquanto que o problema de interpretação é uma questão de direito. MacCormick alega que a distinção entre ambos esses problemas é importante do ponto de vista processual, visto que alguns tribunais superiores analisam apenas matéria de direito.

O caso que MacCormick usa para exemplificar o problema de qualificação é o caso *MacLennan versus MacLennan*²⁸. Trata-se de um divórcio, em função da norma “em caso de adultério, haverá divórcio”, proposto pelo senhor MacLennan, fundado no fato de que a senhora MacLennan havia engravidado mais de nove meses após a última relação conjugal. A senhora MacLennan se defendeu afirmando que a gravidez havia sido realizada por inseminação artificial, e, portanto, não houve adultério.

O problema pode ser encarado como um problema de qualificação se a argumentação o encarar no sentido da seguinte pergunta: pode a inseminação artificial ser considerada adultério? Por outro lado, esse problema também pode ser visto como um problema de interpretação se a norma for enxergada de duas formas: a primeira inclui a inseminação artificial dentro da interpretação de “adultério”, e a segunda não. Fica claro que a distinção é muito tênue entre um problema de interpretação e um problema de qualificação. MacCormick sustenta que a distinção é importante em vista do direito processual, dado que

²⁷ MACCORMICK, 2008, p. 58

²⁸ MacLennan v. MacLennan 1958 S.C. 105

um problema de interpretação seria um problema de direito, e portanto suscetível à apreciação em cortes superiores, enquanto o problema de qualificação seria um problema de fatos.

Segundo MacCormick, quando ocorre um problema de qualificação, os fatos alegados, independentemente de terem sido provados, não podem ser adequada e diretamente caracterizados como exemplos da concretização dos fatos operativos exigidos pela norma em questão. Segundo ele, um subtipo desse problema, denominado de “avaliação”, ocorre quando a norma é carregada de expressões com forte carga valorativa, tais como “razoável”, “justo”, etc.²⁹

Em resumo, todos esses problemas oferecem entraves à aplicação dedutiva direta do direito. Para continuar decidindo em casos assim, é necessário valer-se de argumentos não dedutivos, de natureza retórica. Nos próximos capítulos exploraremos quais são esses tipos de argumentos: os argumentos com base na universalização, na consistência, na coerência e no consequencialismo jurídico.

²⁹ MACCORMICK, 2008, p. 58

4 O requisito da universalização.

Expostos, no item anterior, os quatro tipos de limitações teóricas e práticas da argumentação dedutiva, MacCormick dá o passo seguinte e começa a analisar os tipos de argumentos utilizados em casos difíceis. É o que MacCormick denomina de “justificação de segundo nível”. Esse tipo de argumentação busca justificar a escolha das premissas utilizadas no silogismo jurídico aplicado em casos difíceis, mas essa argumentação não é em si dedutiva (MICHELON, 2009). O primeiro requisito, o mais básico, é o da universalização. Os outros requisitos dão conta da lógica interna da narrativa da decisão (consistência narrativa), sua relação com o ordenamento jurídico (consistência normativa e coerência), e por fim da relação entre a decisão e a comunidade de forma mais ampla (consequencialismo jurídico).

O primeiro requisito, que também está subjacente à argumentação dedutiva, é o requisito da universalização do argumento. De forma bastante resumida, esse requisito pode ser entendido da seguinte forma: um argumento deve poder ser afirmado na forma de um princípio de ação universal aceitável, que poderia ser aplicado de forma satisfatória a todos os casos com as mesmas características decisivas. Ou seja, dadas as características decisivas x , y e z de um determinado caso, a decisão proferida deve poder ser expressa de forma universal, de modo a abarcar todos e quaisquer casos que contenham os mesmos traços característicos e distintivos x , y e z .

Segundo MacCormick, não há nenhuma justificação sem universalização. Isso diferencia a justificação da motivação. A motivação, ou seja, os motivos que levam um juiz a decidir, não precisa ser universalizável, mas a justificativa da decisão precisa. Os fatos particulares não são suficientes para justificar a decisão. São apenas motivos particulares do caso. Para se tornarem argumentos, devem estar subsumidos a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que essa proposição universal não seja absoluta, ou seja, acolha exceções (é o conceito de excepcionalidade ou de *defeasibility*). Essas considerações, para MacCormick, se aplicariam à argumentação prática de forma geral, e, sendo a argumentação jurídica um campo da argumentação prática, também a ela.³⁰

³⁰ MACCORMICK, 2008, p. 131

A universalidade não é um requisito apenas dos casos difíceis, sendo que ela é intrínseca à justificação dedutiva. A própria exigência de realizar a justiça de acordo com a lei torna a justificação dedutiva um tipo claro de argumento universalizável, sendo a lei uma premissa maior, genérica e universal.

Além disso, a universalidade está íntima e logicamente ligada ao que chamamos precedentes: as decisões atuais devem respeitar as decisões passadas com teor semelhante, além de criarem uma limitação para o futuro – isso é evidente, dado que o próprio requisito da universalização é que as decisões seriam as mesmas dados os mesmos fatos operativos. MacCormick afirma que mesmo as suas simples considerações sobre a necessidade da universalização das decisões são úteis na investigação e entendimento acerca da doutrina de precedentes.³¹

MacCormick não está propondo uma teoria radicalmente abstrata: ele assume que as particularidades de cada caso são absolutamente essenciais na resolução de cada um deles. Ele se afasta, porém, de teorias puramente particularistas do direito. Para MacCormick, a universalização é um requisito do Estado de Direito, que garante um direito igualitário e universalista.

MacCormick não endossa, portanto, a visão particularista do direito, onde cada caso seria decidido, em última análise, segundo as suas peculiaridades. Para ele, a universalização é essencial para a justificação jurídica e para a argumentação prática. E é esse caráter universalista, que inclui a necessidade de se considerar todos os casos com as mesmas características, que emprestaria ao pensamento MacCormick um caráter igualitário.³²

A afirmação da necessidade da universalização, no entanto, não deve levar a desconsideração da importância da existência de razões particulares, que devem sempre estar presentes na justificação. A atenção às particularidades do caso é muito importante no processo decisório, mas o essencial é saber se as características particulares que levaram a uma determinada decisão podem ser universalizadas, ou seja, se seria exigível um comportamento ou decisão semelhante em todos os casos em que ocorrerem os fatos determinantes para a decisão.³³

4.1 Incompatibilidade do particularismo com o Estado de Direito – a decisão de Salomão.

³¹ MACCORMICK, 2006, p. 109-110

³² MACCORMICK, 2008, p. 103-104

³³ *Ibid.*

MacCormick utiliza o exemplo da decisão de Salomão, ao ordenar que uma criança em disputa entre duas mães fosse partida ao meio, como exemplo de uma decisão particularista. Tal decisão foi genial, no sentido de descobrir qual era a verdadeira mãe e de lhe dar a guarda da criança. Porém, pelo seu caráter absolutamente particularista, somente poderia ser realizada uma única vez: nas próximas ocasiões, as mães em disputa saberiam como reagir.

MacCormick usa a decisão como exemplo de um julgamento puramente particularista. Esse tipo de julgamento exigiria julgadores com uma sabedoria praticamente divina, capazes de intuir exatamente as intenções e pensamentos dos litigantes, e de discernir em cada situação concreta exatamente o que deveria ser feito e como deveria ser proferida a decisão mais justa.

A decisão de Salomão é inimaginável atualmente. Não seria admitida uma decisão desse tipo em uma vara de família em qualquer tribunal dentro de um Estado de Direito. Obviamente que nenhum juiz teria o poder de mandar cortar uma criança, e mesmo que o tivesse, MacCormick argumenta que essa decisão não seria tão eficaz quanto o procedimento original de Salomão: litigantes, sabendo de antemão qual o comportamento esperado pelo juiz, se comportariam de maneira tal a buscar vencer o caso. Ou seja, a padronização de um julgamento particularista retira todo o seu poder de solução. A decisão de Salomão, ou qualquer outra decisão demasiadamente particularista, não é compatível com uma rotina burocrática em um Estado de Direito. Decisões puramente particularistas só podem ser tomadas uma única vez, pois dependem de um comportamento específico dos litigantes. A capacidade de raciocinar e antever comportamentos diante da ameaça de dividir a criança ao meio é o que torna a decisão genial, mas, ao mesmo tempo, é o que a torna impraticável atualmente. Como dito, a decisão particularista depende de um conhecimento profundo das intenções e motivações dos litigantes. Ela se reveste de uma sabedoria quase divina: é como se Deus fosse o próprio juiz, conhecedor das intenções dos litigantes e capaz de prever o comportamento deles em qualquer momento.³⁴

MacCormick usa a história de Salomão como ponto de partida para discorrer sobre as teorias particularistas do direito. Isso porque a visão de que cada caso é um caso concreto isolado, independente dos demais, é uma posição que MacCormick está tentando superar em sua exposição sobre a universalização de decisões. Apresentados os problemas possíveis e limites da justificação dedutiva, o particularismo se apresenta como uma primeira

³⁴ MACCORMICK, 2008, p. 105

alternativa: resolver cada caso difícil segundo as suas características particulares apenas. MacCormick argumenta que isso não é uma solução viável, e propõe a universalização como alternativa.

MacCormick utiliza a decisão de Salomão como exemplo pois o caso é um dos melhores exemplos possíveis de um julgamento “intuicionista” ou particularista que se pode encontrar. E, mesmo nele, MacCormick identifica traços de universalização: o rei pôde identificar a mãe porque descobriu qual das mulheres se importava mais com a criança, e, tendo como razões universais subjacentes: (i) quem se importa mais com a criança é a mãe, e (ii) a mãe deve cuidar de seus filhos. Essas são razões universalmente afirmadas, mesmo na mais emblemática das decisões particularistas. Dessa forma, MacCormick demonstra a força de sua tese.

Segundo MacCormick, o ponto de vista particularista não deve ser completamente abolido ou desprezado. Mas, no seu entender, é um equívoco utilizar esse tipo de visão para explicar o fenômeno da argumentação jurídica. O tipo de julgamento intuicionista que alguns autores propõe simplesmente não existe. Para MacCormick, como bem demonstra a análise que ele faz a seguir do julgamento de Salomão, até os julgamentos mais particularistas se apoiam em raciocínios universalizáveis. Como dito, ele parte da análise da decisão de Salomão, talvez o exemplo de decisão mais particularista que há, e demonstra que mesmo nele há razões universalizáveis subjacentes:

O Rei utilizou um expediente brilhante para descobrir qual das duas mulheres se importava mais profundamente com a criança. Ele inferiu que ela deveria ser a mãe justamente pelo caráter visceral de seu amor ("com suas entranhas clamando por seu filho", como a Bíblia tão humanamente o expressou). A partir daí seu julgamento foi, em substância, "Deem a essa mulher a criança... [porque] ela é a mãe". **O "porquê" é essencial.** A qualidade de concisão e clareza da história bíblica é devida ao fato mesmo de ela reduzir o evento a seus elementos essenciais: uma disputa sobre a maternidade de uma criança; o expediente utilizado pelo patriarca para esclarecer o fato crítico **"Qual mulher é verdadeiramente a mãe?"**; então, o julgamento sem hesitação. O drama da espada mostra ao juiz e a todos os demais assistentes quem era a verdadeira mãe. **Sendo ela a mãe verdadeira, essa foi a razão para ter-lhe sido entregue a criança.** (MACCORMICK, 2008, p. 116-117)

4.2 Universalização versus generalização.

MacCormick diferencia a ideia de universalização da ideia de generalização da seguinte forma: o universalização seria uma característica lógica de um argumento, um princípio de ação universalmente afirmado, enquanto a generalização não seria uma regra de comportamento válida para justificar decisões, mas apenas uma constatação do que geralmente acontece. A generalização é um enunciado descritivo sobre as decisões.

Segundo MacCormick, um fundamento universalizado de julgamento diz: “*sempre que ocorrer C faça V...*”, enquanto um fundamento generalizado não pode nunca dizer mais do que: “*frequentemente, se ocorrer C, faça V...*” ou talvez “*quase sempre que ocorrer C, faça V...*” (MACCORMICK, 2008, p. 123). É a diferença entre dizer que “se uma empresa combinar preços com outra, ela deverá pagar uma multa” e “se uma empresa combinar preços com outra, com grande frequência ela pagará uma multa”. O primeiro exemplo é útil para uma decisão pois ele diz ao julgador o que fazer, enquanto o segundo não fornece um parâmetro claro. Na segunda frase, não há como saber se o caso está na categoria da maioria dos casos em que deve ser paga a multa ou se é um caso em que a multa não é devida. Não há uma orientação clara, apenas uma generalização de casos.³⁵

Arelado a essa dicotomia entre generalização e universalização está a ideia de “excepcionabilidade”, (argumento excepcionável, ou *defeasible*), ou seja, o argumento universalizável não pode, pela própria limitação dos julgadores, ser absoluto e englobar todas as situações que ele pretende descrever: sempre haverão exceções oponíveis ao princípio de ação universalmente afirmado que tornariam a decisão dele decorrente uma decisão diferente.

Para MacCormick, é uma questão de simples sabedoria prática o fato de que as circunstâncias da vida humana são tão variadas que nunca seria possível estar absolutamente certo de haver previsto todas as possibilidades. Ou seja, a capacidade de racionalizar uma regra de ação universalizável é limitada pela infinita variedade de possibilidades, que nunca poderão ser todas abarcadas em uma única regra. Não é possível encontrar uma regra de decisão perfeita e absoluta, mas isso não deve desqualificar a posição pela universalização. Isso porque um argumento universalizável prudente deve sempre ser excepcionável. O argumento continua universal, mas ele está aberto a ser substituído por outro caso circunstâncias não previstas alterem a situação de maneira tal que autorizem uma decisão diferente.³⁶

³⁵ MACCORMICK, 2008, p. 123

³⁶ MACCORMICK, 2008, p. 124

5 Os requisitos de consistência e coerência.

Até o presente tópico, analisamos os tipos de argumentos que se referem principalmente a argumentação de primeiro nível, a argumentação dedutiva no direito. Isso porque o argumento da universalização, como vimos, está implícito na própria ideia do silogismo. Sendo assim, entramos no passo seguinte para analisar outros argumentos utilizados principalmente para resolver questões difíceis (onde há conflito na aplicação de possíveis normas).

Os argumentos decisivos, em casos difíceis, para MacCormick, seriam os fundados nas possíveis consequências da decisão (argumentos consequentialistas). Examinaremos esses argumentos no capítulo seguinte, mas antes exporemos os critérios de consistência e de coerência, e explicaremos a diferença entre coerência normativa e coerência narrativa.

5.1 Critério da consistência.

O critério da consistência é um requisito elementar da narrativa da justificação jurídica. Ele diz, basicamente, que a justificação não deve ser contraditória. Não se deve afirmar proposições conflitantes na mesma justificação, um critério exigido pelo próprio caráter racional do direito. Pode haver uma decisão coerente, mas com algumas inconsistências internas, da mesma forma que uma decisão pode ser completamente consistente, mas sem nenhum sentido (ou seja, incoerente).

O exemplo usado por MacCormick é uma norma que diz que os habitantes de uma casa *“devem deixar seus quartos tão desarrumados quanto possível às segundas, quartas e sextas-feiras, e então arrumá-los à máxima perfeição às terças, quintas e sábados, ficando o domingo como um dia de descanso”* (MACCORMICK, 2008, p. 247-248). Nesse exemplo, a norma pode ser executada sem nenhuma contradição, mas ela não faz nenhum sentido, não aponta para um modo de convivência aceitável. Mais adiante nesse trabalho, realizaremos algumas análises de consistência e coerência em casos de cartel. Apontaremos uma inconsistência, por exemplo, na decisão do Tribunal Regional Federal da primeira região, ao afirmar que, caso houvessem mudanças de custos semelhantes que afetassem as empresas

investigadas por cartel, tal fato inviabilizaria a condenação. A decisão afirma, no entanto, que tais custos não foram investigados. Isso é um exemplo de uma inconsistência que enfraquece a justificação da decisão.

A relação e a diferença entre consistência e coerência é a seguinte: a consistência diz respeito à lógica interna das alegações, enquanto a coerência diz respeito ao sentido, o propósito, os objetivos almejados naquela decisão:

Assim, interpreto a consistência como sendo satisfeita pela não-contradição. Um grupo de proposições é mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, afirmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras. Em contraste, coerência, como disse, é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, "faz sentido" na sua totalidade. (MacCormick, 2008, p. 248)

Para MacCormick, a consistência completa não é uma condição necessária da coerência. Uma narrativa pode conter algumas inconsistências internas e ser coerente como um todo. Nesses casos, a coerência geral da história auxilia ao julgador quanto a quais partes contraditórias da narrativa ele deve considerar e quais ele deve desconsiderar, por serem pequenas anomalias dentro de uma história coerente em geral. Além disso, uma história absolutamente consistente pode ser uma história combinada. Ao tentar lembrar do passado, é normal que as pessoas cometam erros, que suas memórias estejam fragmentadas ou incompletas. Duas testemunhas podem ter perspectivas diferentes cujos detalhes não coincidam entre si. A consistência perfeita pode levantar a suspeita de que uma história preparada e falsa está sendo contada. Por outro lado, a consistência também não garante a coerência de uma narrativa.³⁷

5.2 Coerência normativa.

A coerência normativa diz respeito às normas aplicáveis a um caso e aos objetivos maiores e abstratos a serem alcançados com essas normas. Um conjunto de normas será coerente se ele estiver contido dentro de um conjunto de valores superiores que orientem uma vida harmônica entre os cidadãos. A coerência normativa, portanto, é auferida ao se analisar um conjunto de normas aplicadas de modo que elas estejam racionalmente

³⁷ MACCORMICK, 2008, p. 248

relacionadas com algum objetivo maior. As normas aplicadas devem estar racionalmente voltadas para a satisfação de algum valor comum ou algum princípio.

Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar **uma forma de vida satisfatória**. Ou seja, uma forma de vida pela qual seria possível seres humanos, tais como são os seres humanos, viverem juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de um bem comum do qual todos participam. (MACCORMICK, 2008, p.252-253, grifo nosso).

Ou seja, valores como “segurança”, “saúde”, “justiça”, “dignidade”, por exemplo, entram na argumentação jurídica para orientar a escolha das normas a serem aplicadas quando, apresentados os problemas na aplicação expostos no capítulo 3, é necessário fazer uma escolha entre normas conflitantes.

Dentro da teoria de MacCormick, os argumentos a favor de uma ou outra norma ou decisão em conflito serão mais ou menos fortes e racionais conforme puderem ser atrelados a valores desejáveis. Esses aspectos da teoria de MacCormick poderiam ser considerados de certa forma um aspecto subjetivo, mas que, não obstante, limita objetivamente o campo daquilo que pode ou não pode ser decidido.

Os valores a que MacCormick se reporta não são puramente subjetivos pois dizem respeito a condições de existência sociais tidas como boas. Portanto, não se trata de um argumento arbitrário, mas um argumento baseado nos princípios vigentes do ordenamento jurídico válido, e, portanto, seriam os valores comuns aos submetidos a ele.

"Valores" não são apenas propósitos, objetivos ou fins de fato, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou órgãos institucionais. Eles são, na verdade, estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins. (MACCORMICK, 2008, p.251).

Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cláudia Rosane Roesler e Ricardo Antonio Rezende De Jesus assim resumem a necessidade de que a coerência a que MacCormick se reporta esteja orientada para os valores de um Estado Democrático de Direito, ao descreverem o desenvolvimento da teoria de MacCormick entre a obra de 1978 e a de 2005:

[..] os contornos que permitem ser uma decisão considerada coerente ganharam em complexidade. Ultrapassou-se a ideia de coerência apenas como um requisito formal de adequação entre o direito posto e o direito que aparece na solução de cada caso concreto. **Passou-se a exigir a demonstração de que a solução construída é coerente com ideias de uma vida social voltada para o mútuo entendimento e respeito recíproco.** A coerência do ordenamento passou, portanto, a estar mais próxima de um ideal de integridade do direito. (MARTINS, ROESLER e JESUS, 2011, p. 245)

É patente na obra de MacCormick a preocupação em caracterizar o direito como uma construção de um mútuo entendimento na sociedade. No prefácio à edição brasileira do livro *Retórica e o Estado de Direito*, MacCormick afirma que “*O Direito não é somente a vontade dos poderosos. O Direito é capaz de expressar a vontade racional de toda a sociedade.*”(MACCORMICK, 2008, p. ix). Por mais que essa visão possa ser discutida e contraditada, acreditamos que é importante tê-la como pressuposto no Estado Democrático de Direito.

5.3 Coerência narrativa.

A coerência normativa diz respeito a normas, e a coerência narrativa diz respeito a fatos. Esse requisito diz respeito a prova de fatos no passado. Muitas vezes no direito não é possível provar diretamente que determinados fatos aconteceram. É necessário, portanto, construir uma narrativa utilizando-se dos elementos probatórios disponíveis. Da mesma forma que as normas aplicadas e a decisão devem fazer sentido em relação ao direito e aos valores comuns da sociedade, a narrativa jurídica sobre os acontecimentos passados deve fazer sentido em relação ao mundo, em relação ao senso comum, às teorias científicas aplicáveis, etc. Ou seja, o requisito da coerência narrativa diz respeito à verossimilhança geral do argumento.

Para MacCormick, uma descrição de um evento ou um conjunto de eventos no passado é crível apenas se for coerente de alguma forma. Para que essa coerência seja atingida, é necessário que as eventuais inconsistências factuais não sejam de todo inexplicáveis. É necessário também que haja alguma explicação de causa e efeito ou alguma explicação a respeito da motivação dos agentes envolvidos, e que isso esteja formulado de

forma explícita e clara na narrativa. Somente assim a narrativa se constitui numa explicação satisfatória de um conjunto de eventos.³⁸

Esses são os critérios para a escolha entre narrativas diferentes: se ambas são minimamente coerentes, ou seja, se ambas fazem um mínimo de sentido, deve-se preferir aquelas cujas hipóteses causais ou motivacionais sejam mais aceitáveis, e deve-se também preferir as narrativas que forem baseadas em testemunhos e indícios mais plausíveis. Essas narrativas devem ser escolhidas em detrimento de narrativas menos críveis.³⁹

Para MacCormick, a coerência narrativa é uma condição necessária, mas não suficiente para a credibilidade de uma argumentação. Até mesmo narrativas ficcionais podem possuir coerência narrativa, bem como narrativas históricas ou forenses e, principalmente, narrativas não ficcionais em geral. Mas a característica necessária das narrativas não ficcionais, como é próprio no direito, é a de que elas estejam “ancoradas” na realidade, e isso se dá por meio de indícios e testemunhos. Segundo MacCormick, “*A âncora essencial das narrativas não-ficcionais no mundo real reside nos truísmos sobre percepção, memória, manutenção de registro e honestidade.*” (MACCORMICK, 2008, p.295).

MacCormick identifica duas maneiras de recriar narrativas sobre o passado: a primeira baseada em testemunhas e provas em geral, tomando seus depoimentos e registros como descrições confiáveis do passado que devem ser aceitas na narrativa. A segunda, avaliativa e interpretativa, baseada na argumentação por coerência, que se baseia na verossimilhança, naquilo que normalmente acontece, princípios de razão prática, etc.

A segunda modalidade, baseada em interpretação, entra em ação quando a primeira não é exata (faltam elementos essenciais), não é confiável (a percepção da testemunha não é boa, ela pode ter problemas de visão ou estar limitada no momento, por exemplo) ou não é honesta (há motivos para duvidar da narrativa fornecida pela testemunha). Ou seja, a construção de uma narrativa crível passa primeiro pela análise desses truísmos sobre testemunhas, quanto a sua honestidade, exatidão e confiabilidade. Não há motivo para entrar em uma argumentação baseada em coerência narrativa se os indícios forem confiáveis.

A argumentação baseada em interpretação é a que envolve a argumentação de coerência narrativa. Nela, opera desde o início uma ausência de certeza, já que não há evidências ou indícios diretos sobre o que é narrado. Mas a ausência de indícios diretos, para MacCormick, não significa que os indícios indiretos não devam ser considerados como cruciais. Ou seja, uma alegação feita por uma testemunha de que ela presenciou um

³⁸ MACCORMICK, 2008, p.295

³⁹ *Ibid.*

determinado fato, sendo essa testemunha confiável, honesta e com uma boa memória do acontecimento, deve ser aceita como uma descrição do mundo real, que “ancora” o restante da narrativa. A narrativa coerente, com explicações causais e motivacionais, vai preencher as lacunas que os indícios diretos ou indiretos não foram capazes de preencher.⁴⁰

⁴⁰ MACCORMICK, 2008, p.295-296

6 Os argumentos consequentialistas

Segundo MacCormick, haveriam dois extremos ao se considerar na justificação de decisões jurídicas por meio de suas consequências. No primeiro extremo, seria necessário discernir todas as consequências de uma decisão. No segundo, a decisão se sustentaria por si mesma, sem a necessidade de se averiguar quais seriam suas consequências.

MacCormick afirma que o primeiro extremo, que buscaria justificar decisões por meio de todas as suas consequências, rouba do direito o seu caráter racional: não é possível, dada as incertezas em relação ao futuro, calcular todas as possíveis consequências de uma decisão.

Já o segundo extremo, que busca uma decisão que se sustente por si mesma, ignora que o próprio valor da decisão estaria atrelado às suas consequências. Além disso, ignorar as consequências de uma decisão seria uma imprudência. MacCormick rejeita ambos os extremos, e procura desenvolver uma visão intermediária dos argumentos consequentialistas.

Como dito, a incerteza em relação ao futuro excluiria a possibilidade de justificação racional de qualquer decisão caso se adote a posição extrema de que é necessário prever todas as consequências de uma decisão. As consequências de uma decisão se estendem ao infinito, sendo impossível calcular todas elas. Por esse motivo, esse tipo de consequentialismo geralmente trabalha com apenas um único critério de valor como o valor último a ser perseguido, tais como o bem estar, o prazer ou a satisfação de preferências. Isso é necessário para a realização de cálculos de custo-benefício de forma simplificada, e, segundo MacCormick, a utilização de um único valor é um entrave adicional para a adoção desse tipo de visão.⁴¹

A outra visão oposta, que pretende ignorar completamente todas as consequências, erra pelo fato de que a qualidade de uma decisão também depende das suas consequências, e, portanto, a avaliação de uma argumentação, mesmo quando feita com base apenas nas características intrínsecas, necessariamente passará por uma análise de consequências de algum tipo. Além disso, segundo MacCormick, não seria prudente ignorar completamente todas as consequências de uma decisão. De fato, a impossibilidade de cálculo

⁴¹ MACCORMICK, 2008, p.136

de todas as consequências não significa que elas são todas imprevisíveis. As consequências previsíveis podem e devem ser levadas em conta, por uma questão de responsabilidade em relação aos possíveis atingidos pela decisão.⁴²

6.1 Limites do consequencialismo.

Ao tentar delimitar qual seria a extensão abrangida pelo consequencialismo, MacCormick identifica alguns problemas. Primeiro, as consequências sociais de uma decisão seriam muito difíceis de calcular. Além disso, os critérios a serem adotados não seriam claros.

Outra dificuldade adicional seria o relativo despreparo de juristas para adentrarem esse tipo de questão, sendo que a previsão de impactos é uma prática que foge do treinamento dos operadores do direito. Por fim, avaliar se as previsões foram corretas e se as decisões atingiram os seus objetivos seria outra grande dificuldade do consequencialismo.

A dificuldade na postura adotada por MacCormick, de adotar uma espécie de consequencialismo mitigado, está em delimitar precisamente qual a extensão que deve ser considerada nas consequências avaliadas. De plano, MacCormick demonstra que as consequências sociais de longo prazo são demasiadamente difíceis de serem calculadas. Essa dificuldade poderia ser suprida através de “avaliações de impacto” ou outros tipos de análise, mas frequentemente esses tipos de previsão são incapazes de determinar os efeitos colaterais inesperados de uma decisão. Além disso, os juízes e os juristas não estariam aparelhados para realizar esses tipos de avaliações, em contraste com o legislativo ou o executivo. O executivo pode criar comissões ou conduzir estudos para avaliar as possíveis consequências de suas ações, e, mesmo que as previsões sejam imprecisas de alguma forma, são melhores do que as previsões realizadas por juízes despreparados para isso. Por fim, o problema relacionado à avaliação das decisões é outro obstáculo a ser enfrentado na delimitação do consequencialismo.⁴³

6.2 Consequencialismo jurídico.

Com todas essas dificuldades apresentadas, MacCormick procura desenvolver a sua ideia de consequencialismo com base no que ele trata como “consequências jurídicas”. O argumento consequencialista, diz MacCormick, não trata de prever o futuro, mas sim de

⁴² *Ibid.*

⁴³ MACCORMICK, 2008, p. 138-139

identificar quais comportamentos são logicamente permitidos e quais comportamentos são logicamente proibidos com a decisão. Se os comportamentos permitidos forem aceitáveis, as consequências são tidas como aceitáveis, e vice-versa. O consequencialismo de MacCormick abrange apenas o aspecto lógico da decisão. Ele analisa a aceitabilidade de um argumento de acordo com as suas consequências lógicas acerca de comportamentos permitidos e comportamentos proibidos. Essa é a forma pela qual MacCormick supera os problemas e limites apresentados no tópico anterior.

Segundo MacCormick, o argumento consequencialista seria o argumento definitivo nos casos difíceis. Depois de argumentar dedutivamente, de forma universalizável, consistente e subsumida a princípios que façam sentido no ordenamento jurídico, restaria lançar mão de argumentos sobre os comportamentos aceitáveis que seriam permitidos em cada decisão hipotética em um determinado caso.⁴⁴

6.3 Avaliando as consequências.

O próximo passo para MacCormick é tentar estabelecer uma forma de avaliar quais seriam as consequências aceitáveis ou não, entrando mesmo na discussão de como é possível identificar o que é aceitável. Tentaremos delinear essa discussão a seguir. O problema a ser enfrentado por MacCormick é encontrar critérios para a avaliação das consequências lógicas, e para tentar identificar se, com a permissão do direito, as pessoas se engajariam em determinados comportamentos. Para MacCormick, isso seria feito tentando-se identificar se seria certo ou errado o direito estigmatizar determinados comportamentos. O problema passa a ser como identificar quais seriam os critérios para se fazer isso.⁴⁵

A resposta que MacCormick parece dar a essa pergunta não é definitiva. Ele diz que a aceitabilidade de uma decisão passaria por ela atender a requisitos mínimos valorativos delineados no ramo específico do direito em que ela é proferida.⁴⁶

A partir daí, ele tenta esquematizar quais seriam os valores implícitos no direito como um todo, e acaba retomando preceitos de Justiniano, do direito romano, de que os valores fundamentais no direito seriam “*viver honestamente, não lesar ninguém e tratar todas as pessoas com o respeito devido a elas*”.

⁴⁴ MACCORMICK, 2008, p. 139-140

⁴⁵ MACCORMICK, 2008, p. 149

⁴⁶ MACCORMICK, 2008, p. 151

7 Decisão do CADE - Postos de Combustíveis em Blumenau.

PA nº 08012.005545/1999-16. Conselheiro Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo⁴⁷

7.1 Resumo do caso.

De 1994 até 2010, apenas 7 cartéis de postos de combustíveis foram condenados pelo CADE, apesar das centenas de denúncias. Em 2000, o Procon de Blumenau encaminhou à Secretaria de Direito Econômico (SDE) uma denúncia contra um suposto cartel de postos de combustíveis na cidade. Uma análise da Agência Nacional do Petróleo (ANP) confirmou o paralelismo de preços entre os postos da região.

A SDE, porém, recomendou o arquivamento do processo pelo CADE, que, em 2010, o arquivou pela ausência de prova direta do acordo. Essa decisão foi além, e permitiu que a SDE arquivasse sumariamente todas as denúncias semelhantes contra postos de gasolina, caso a prova direta de um acordo não estivesse presente nos indícios apresentados.

O CADE considerou que haviam fortes indícios de cartel, mas que, porém, eles não eram suficientes sequer para iniciar uma investigação. A decisão suscita uma discussão sobre a diferença entre indícios suficientes para dar início a uma investigação e indícios suficientes para se fundamentar uma condenação na esfera administrativa.

Dentre os motivos apresentados pelo CADE para justificar o arquivamento, encontram-se argumentos de natureza consequencialista, que serão analisados no trabalho, além de outros pontos que parecem estar em contradição.

7.2 Principais argumentos da decisão. Análise de consistência.

A decisão em análise pode ser dividida em 3 grandes grupos de argumentos: (i) os que justificam o arquivamento das investigações contra os postos de Blumenau; (ii) os que sustentam a orientação para os órgãos de defesa da concorrência arquivarem outros casos com características em comum a esse; (iii) os que justificam a atuação do SBDC, dentro da sua prerrogativa de advocacia da concorrência, em tentar alterar alguns pontos da legislação do

⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. PA nº 08012.005545/1999-16. Representantes: Comissão Parlemantar Externa da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Procon do Município de Blumenau/SC. Representadas: Postos da cidade de Blumenau. Julgado em: 28 de abril de 2010. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

setor de revenda de combustíveis, com a intenção de fomentar a concorrência. A seguir, elencamos esses grupos de argumentos.

7.2.1 Arquivamento da investigação contra os postos de Blumenau.

O CADE alegou que provavelmente não haveria cartel, e que, portanto, não valeria a pena o esforço de investigar os postos de Blumenau. Para isso, comparou os seguintes fatos: de um lado, (i) o paralelismo de preços nos postos da região e a discrepância de preços com as cidades vizinhas; de outro lado, porém, (ii) a estrutura de fornecimento de combustíveis vigente no país; (iii) a existência, à época, de liminares que isentavam algumas distribuidoras do pagamento de alguns tributos nas cidades vizinhas; (iv) pequenas variações de preços nos postos; (v) lucro bruto médio dos postos da cidade abaixo da média dos 20% normais nesse mercado.

De posse disso, a decisão aplicou o seguinte raciocínio a esses fatos, (que é o raciocínio aplicado à generalidade dos casos de cartel no CADE): “o alinhamento de preços é um forte indício da existência de um cartel, mas não constitui prova suficiente para sua caracterização”. Esse raciocínio se apoia, pelo lado jurídico, na jurisprudência do CADE ao interpretar a lei 8.884/94, e, pelo lado econômico, no fato de que, em mercados de concorrência perfeita, os preços seriam também, teoricamente, idênticos:

“Tradicionalmente, preços iguais são considerados como o indício clássico de um cartel. No entanto, apesar de ser uma conclusão considerada, ao menos a priori, contraintuitiva, há mercados competitivos que também apresentam preços iguais. Aliás, nem tão contraintuitiva assim, já que, em mercados que se aproximam de estruturas classificadas como de concorrência perfeita, os preços seriam idênticos.”
(CADE - PA nº 08012.005545/1999-16. pg. 13)

Ou seja: a necessidade de prova ou indício de acordo existe, em casos de cartel de postos de combustíveis (ou outros com as mesmas características) para afastar a hipótese do mercado estar próximo da concorrência perfeita. Podemos concluir que se trata da aplicação de um lugar-comum do direito antitruste, o de que não existe ilicitude no mero paralelismo de preços, quando decorrente de concorrência natural no mercado.

7.2.2 Arquivamento de outros casos de cartéis de postos de gasolina. Suposta concorrência perfeita.

Em seguida, a decisão passou a considerar não apenas o fato de que provavelmente não haveria um cartel em Blumenau, mas a explicar por que casos como esse não seriam sequer passíveis de investigação. Os argumentos a seguir analisados foram usados para sustentar a alegação de que a SDE deveria arquivar denúncias contra postos de gasolina baseadas apenas em preços semelhantes, reajustes paralelos e preços mais altos do que os de municípios vizinhos, sem investiga-los.

Os fatos utilizados para essa alegação foram: (i) o elevado número de denúncias desse tipo, do qual não se tem dados consolidados, mas se sabe que, de 2005 à meados de 2010, foram arquivados pelo SBDC no mínimo 160 procedimentos resultantes de denúncias de cartéis de combustíveis, sendo que, em toda a história do CADE, apenas sete denúncias desse tipo resultaram em uma condenação; (ii) tais procedimentos estariam se arrastando por vários anos e estariam consumindo demasiados recursos públicos em termos de tempo, atenção e recursos financeiros; (iii) os procedimentos não estariam resultando em condenações ou produzindo algum retorno para a coletividade.

Em seguida, para interpretar tais fatos, usou-se uma um raciocínio alternativo, múltiplo e mutuamente excludente, com três (supostamente únicas) explicações para esse volume elevado de denúncias e pequeno número de condenações: (i) a de que a quantidade excessiva de denúncias “mal embasadas” seria reflexo de um problema informacional por parte dos consumidores; (ii) problemas regulatórios do setor estariam gerando situações lícitas semelhantes às de cartel; (iii) a proliferação de cartéis no setor seria resultado da impunidade, pela falta de investigações do SBDC e punições do CADE.

A primeira hipótese do raciocínio acima foi apoiada com o argumento histórico de que *“[...] após um longo período de preços regulados, [o consumidor] espera uma significativa heterogeneidade de preços dos derivados de petróleo, entendendo, a partir dessa pretensão, que preços iguais ou mesmo reajustes próximos seriam indícios manifestos de cartel.”* (CADE - PA nº 08012.005545/1999-16. Pg. 11).

A segunda hipótese, a que explica o número de denúncias pelos problemas regulatórios, seria, em parte, relacionada à anterior. O CADE sustenta que a estrutura do mercado de combustíveis no país gera situações semelhantes a cartéis, e essa estrutura seria desconhecida pelos consumidores.

A terceira hipótese (a proliferação de cartéis no setor seria resultado da impunidade) não foi afastada diretamente pelo Conselho, mas principalmente por exclusão, pela afirmação da primeira e da segunda.

Esse raciocínio mencionado acima aparentemente apoia-se no lugar-comum de que o mero paralelismo de preços não gera ilicitude antitruste. Propomos aqui, no entanto, que a decisão estendeu, de fato, a necessidade do indício de acordo não apenas para a condenação, mas a elevou a elemento indispensável de materialidade, sem o qual nem mesmo uma investigação poderia ser iniciada – e esse raciocínio é a própria alegação final da decisão. Ou seja, a alegação final serviu como um dos principais apoios argumentos nessa decisão. É um raciocínio circular, que utiliza a conclusão como uma das premissas.

Resumindo: sem indícios diretos de cartel, não se pode nem investigar a existência dos próprios indícios diretos, porque, provavelmente, eles não existem, já que, na última centena de denúncias semelhantes no mesmo mercado, eles não foram encontrados (a não ser em sete raríssimos casos, que foram entendidos pelo CADE como “*um número considerável de condenações por práticas colusivas nos últimos anos*”, pg. 22 da decisão). Investigá-los seria uma perda de tempo, porque no final do procedimento, a investigação provavelmente não geraria uma condenação. *In verbis*:

A proposta aqui delineada neste voto é a de substituir uma postura mais conservadora por parte do SBDC em que se analisa com vagar toda e qualquer denúncia, mesmo sem uma preliminar materialidade e/ou autoria (tal como as descritas no item anterior), por uma escolha mais pormenorizada e direcionada de mercados a serem investigados, a fim de focar recursos em iniciativas governamentais que têm maior probabilidade de êxito. Aliás, evitar-se-ia um problema para os agentes dos órgãos de instrução, já que fazer prova negativa (a de que não houve cartel) diante de indícios que não têm materialidade suficiente sequer para gerar uma investigação **não é tarefa das mais fáceis**. (CADE - PA nº 08012.005545/1999-16. pg. 21) [grifo nosso].

Essa é, de fato, uma tarefa da defesa, e não, teoricamente, dos órgãos de instrução. Mas nesse caso, inclusive, diversos postos nem mesmo apresentaram uma defesa, mas todos foram absolvidos.

Em seguida, a decisão delineou os argumentos que justificam a atuação do SBDC ao tentar mudar a legislação no setor, para fomentar a concorrência. Dentre essas ações, a principal foi a decisão do CADE em atuar junto ao STF para que esse declare inconstitucional uma norma que veda a instalação de postos de combustíveis em estacionamento de shoppings e supermercados no DF.

Um dos argumentos levantados contra a referida norma, para demonstrar que a limitação estaria atingido o bem-estar do consumidor, foi um estudo da SDE que constatou que: *“os postos em supermercados praticam, em média, preços 5% mais baixos do que os postos tradicionais”*. (pg. 31 da decisão). Esse é um dado importante, que demonstra que a concorrência no setor de revenda de combustíveis provavelmente não é perfeita – do contrário, os preços não teriam mais como serem reduzidos de forma significativa com a instalação em estacionamentos de novos postos concorrentes. Como se sabe, na concorrência perfeita, os preços já estão no menor patamar possível.

7.3 Análise de universalização e consequencialismo lógico-jurídico da decisão.

Os princípios relevantes de ação que fundamentaram a escolha desses dados em particular poderiam ser expressos da seguinte forma: (i) caso hajam diferenças tributárias que expliquem custos menores nas cidades vizinhas, os indícios econômicos de que os preços do suposto cartel são os maiores da região ficam comprometidos; (ii) pequenas variações de preços contribuem para afastar a hipótese de que há um cartel; (iii) um cartel, para ser condenado, deve ser lucrativo.

A primeira regra nos parece razoável; mas a segunda parece ser inverossímil, por ser um fator que depende do próprio comportamento do cartel, e a terceira está em franca contradição com a lei de defesa da concorrência, sem que isso seja abordado na decisão: o artigo 20 da lei 8.884/94 diz que “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, **ainda que não sejam alcançados**: [...] III - aumentar arbitrariamente os lucros”.

O raciocínio utilizado nesse caso, quando universalizado, também não parece guardar relação direta com os dados particulares mencionados acima. Ao ser universalizado, foi criada uma espécie de “anistia aos cartéis” com esse raciocínio: “caso não haja indício, na própria denúncia de formação de cartéis, de um acordo direto entre concorrentes em um mercado de produtos homogêneos e preços transparentes, essa denúncia não deverá ser investigada.”

Um dos problemas nesse raciocínio é que nem todos os autorizados a denunciar infrações à ordem econômica, tais como associações de consumidores, por exemplo, possuem poder ou capacidade para coletar esse tipo de prova: a prova necessária para iniciar a investigação é a mesma necessária para a condenação!

Outro problema com o princípio de ação universal acima é que ele não é uma formulação abstrata, mas apenas uma generalização das decisões anteriores. Nos parece que o entendimento do CADE é uma generalização, e não um princípio de ação: como frequentemente não há condenações, as denúncias não devem ser investigadas.

8 Jaboticabal – Cartel de Postos de Combustíveis:

TJSP - Ação Civil Pública, processo nº 291.01.2006.000904-1. Juíza Carmen Silvia Alves, 1ª Vara cumulativa de Jaboticabal.⁴⁸

8.1 Resumo do caso.

Trecho de notícia retirada do jornal local citando o caso:

[...] o jaboticabalense ficou muito surpreso, grato, recompensado e, principalmente, com mais dinheiro no bolso. Quando ninguém mais esperava por algo novo, não é que surge alguém que simplesmente rompe com o "tabelamento" de preços dos combustíveis de Jaboticabal? O "alinhamento" de preços era conhecido, pois o Procon já fez um trabalho interessante provando que não existia livre concorrência em Jaboticabal e **até o poder judiciário aplicou uma (tímida - inexpressiva – simbólica) multa** aos donos de postos pela formação de Cartel. (tribunaregio.com.br – 7 de fevereiro de 2011, grifo nosso).

Em fevereiro de 2006, o Ministério Público de São Paulo ajuizou uma ação civil pública contra os postos de combustíveis da cidade de Jaboticabal, que, em 2005, estariam praticando preços muito próximos, os mais altos da região. O MP pediu a aplicação de uma multa e a imposição da obrigação de que os postos não mais praticassem os referidos preços.

Não foi produzida prova direta do acordo: apenas foi constatado que postos com diferentes custos estariam praticando os mesmos preços ao consumidor. Em maio de 2008, o pedido foi julgado parcialmente procedente, e todos os postos de combustíveis da cidade foram condenados a pagar, ao fundo de interesses difusos do Estado de São Paulo, uma multa educativa no valor de vinte mil reais cada um. As apelações ainda não foram julgadas.

⁴⁸ JABOTICABAL. 1ª. Vara Cumulativa de Jaboticabal. Ação Civil Pública, processo nº 291.01.2006.000904-1. Requerente: Ministério Público do Estado De São Paulo. Requeridos: postos de Jaboticabal. Juíza Carmen Silvia Alves. Julgamento 20 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

8.2 Principais argumentos da decisão analisada. Análise de consistência.

A decisão alega que o ônus da prova nesse caso, por envolver a aplicação do direito do consumidor, estaria invertido, ou seja, não seria necessária a realização de uma perícia econômica por parte da acusação: os postos que deveriam provar que não estariam causando nenhum dano à economia. Essa alegação parte principalmente dos dados produzidos pelo PROCON, na forma de planilhas de preços:

“o Procon iniciou um acompanhamento dos preços praticados pelos revendedores de combustíveis de Jaboticabal, e a conclusão deste acompanhamento foi que estes revendedores, embora adquirissem os combustíveis a preços e condições diversas, vendiam aos consumidores a preços iguais ou muito parecidos.” (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1).

A alega que a acusação do Ministério Público e as evidências trazidas já tornariam a acusação de cartel verossímil, pois seria inverossímil que todas as circunstâncias e os custos de todos os postos da cidade fossem iguais, resultando em preços iguais.

Ou seja, contra o argumento da defesa, de que seria necessária uma perícia para apurar as diferentes circunstâncias entre os postos, a decisão forneceu a seguinte garantia: “[...] *é justamente porque existem inúmeras variáveis, como custos, circunstâncias de localização, perfil do consumidor, volume de vendas, etc., que não se admite que os preços praticados em postos diversos sejam os mesmos.*” (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1).

Resumidamente, esse argumento da decisão se traduz no raciocínio universalizável que diz que a perícia deve ser produzida, a menos que seja demasiadamente onerosa e não seja um fator determinante na elucidação do caso.

A principal alegação da decisão, portanto, é a existência de cartel de postos de gasolina. Baseado nos dados de paralelismo de preços comparados aos custos diferentes entre os postos, concluiu-se que a única forma em que postos com custos muito diferentes poderiam praticar preços semelhantes seria por meio de um acordo, explícito ou implícito:

“não é possível que revendedores que adquirem os combustíveis e insumos a preços diferentes, têm custos e obrigações distintas, estão em fases distintas de desenvolvimento e aprimoramento dos serviços, possam vender o produto ao consumidor a preço idêntico.” (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1).

A análise dos argumentos da decisão de Jaboticabal continuará no próximo capítulo, com uma comparação com os argumentos apresentados pelo CADE pelo arquivamento no caso anterior.

8.3 Análise de coerência.

A seguir, apresentamos os principais valores e princípios que foram utilizados na argumentação da sentença analisada, comparando-os com os utilizados pelo CADE, e tentamos identificar qual das decisões seria mais racional segundo a perspectiva da coerência proposta por MacCormick.

Ao contrário do que argumenta a contestante Coplana, embora no Brasil se pratique a **livre iniciativa** como princípio econômico, cabe ao Estado, sim, intervir nesta atividade, com a finalidade de equilibrar as forças de mercado, e proteger exatamente a livre iniciativa e a **concorrência leal**. O intuito é justamente preservar princípios basilares das relações jurídicas e empresariais, como a **confiança e a boa-fé**. Sem a aplicação destes princípios e a vigilância do Estado, sociedade alguma prospera, pelo menos não de forma digna e edificante. No outro extremo dos bens, cuja proteção é visada pela intervenção do Estado, estão os direitos dos consumidores, que devem também ser respeitados, sob pena de se privilegiar um direito (**o direito à obtenção de lucro mediante o exercício de atividade lícita**) em detrimento de outro (**o direito a consumir o que se quer, por um preço justo**). (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1) [grifo nosso].

A principal diferença de sentido da decisão analisada nesse ponto para a decisão do CADE está no fato de que o CADE, como órgão administrativo, colocou uma grande importância, mesmo que implícita, também na **eficiência** da administração pública e, talvez, em um tipo de “**conveniência e oportunidade**” de conduzir algumas investigações e outras não, enquanto que a decisão de Jaboticabal colocou uma ênfase maior nos outros valores acima destacados. Tendo em vista o proposto por MacCormick que uma decisão é coerente quando está alinhada com os valores maiores do ramo do direito em que ela é aplicada, acreditamos que a decisão do CADE errou ao não levar em consideração o interesse do consumidor com maior relevância.

Acreditamos que uma investigação bem feita que, ao seu término, identifica que de fato não há um cartel não poderia ser classificada como uma investigação desnecessária: ela é, de fato, uma investigação justa. Mesmo que uma investigação não resulte

em uma condenação, e na consequente aplicação de uma multa, ela é útil para a sociedade por si só, na medida em que, por exemplo, os empresários investigados possam provar a sua idoneidade perante o mercado, ou para que os consumidores sintam que de fato alguma coisa foi feita na direção da elucidação clara e pública de uma situação tida como injusta. O objetivo da investigação, afinal, não pode ser apenas condenar os infratores ou regular o mercado ou recolher multas, mas é, antes de tudo, uma ferramenta que o Estado coloca à disposição dos cidadãos para a busca da verdade e a realização da justiça no limite do possível:

O que se busca é uma sociedade mais digna, na qual direitos e obrigações sejam distribuídos de forma mais equitativa. **Além desse escopo, a intenção é dar uma resposta à sociedade.** Demonstrar que o Poder Público, apesar de compreender as dificuldades enfrentadas por todos (órgãos públicos, empresários e consumidores), empreende esforços para tornar as relações jurídicas mais equilibradas. (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1, grifo nosso).

Esse é outro ponto em que acreditamos que a decisão do CADE falhou em abordar. De fato, a resposta que se deu ao consumidor foi a de que ele estaria desinformado acerca do funcionamento do mercado de revenda de combustíveis, e que estaria sobrecarregando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com demandas de investigação desnecessárias. Essa resposta parece estar em desacordo com o que MacCormick delineia serem os valores que deveriam ser buscados pelo Estado de Direito, quais sejam, uma convivência harmoniosa entre os seres humanos na sociedade. MacCormick também defende que uma decisão coerente deve levar em conta todos os valores pertinentes da determinada área do direito que ele se aplica, e o valor de “dar uma resposta à sociedade” não parece ter sido abordado pelo órgão. Ao arquivar todas as denúncias semelhantes, o CADE fecha as portas da administração pública para esse conflito.

Um dos pedidos do Ministério Público na ação civil pública em análise foi o de impor uma obrigação de reduzir os preços dos combustíveis aos postos, de forma semelhante a um termo de ajustamento de conduta. Uma crítica comumente feita pelo SBDC ao MP é justamente o fato de que o MP por vezes gera outras distorções ao utilizar esse tipo de instrumento para tentar regular o mercado, atitude que que engessaria a concorrência.

A crítica do SBDC não se limita aos TACs, mas se estende às ações civis públicas em geral, que, segundo a SDE, conforme o trecho da cartilha institucional a seguir,

possuiriam, em relação ao procedimento administrativo, apenas uma função secundária no combate aos cartéis:

O Poder Judiciário tem apontado acertadamente que não se combate cartéis por meio de TACs ou se investiga tais práticas por meio de Ação Civil Pública, pois estes não possuem os efeitos dissuasórios e os meios de prova de uma investigação criminal e acabam sustentando preços acima dos que vigeriam se estivéssemos diante do livre mercado.

Por outro lado, a Ação Civil Pública, após identificado e punido administrativa ou criminalmente um cartel, possui papel fundamental na recomposição dos danos sofridos individualmente e pela coletividade durante a atuação do cartel. (COMBATE A CARTÉIS NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS, pg. 25)

Ora, não foi o que aconteceu em Jaboticabal. Não foi firmado TAC com os postos da cidade, e a sentença se limitou a aplicar uma multa de caráter pedagógico, com uma clara função punitiva – não impôs obrigação aos postos. Além disso, as notícias da cidade parecem indicar que, de fato, houve a entrada de um novo concorrente no mercado, e que os preços dos combustíveis em Jaboticabal são agora os menores da região: *“O valor do combustível em Jaboticabal segue abaixo das demais cidades da região após a abertura de um novo empreendimento [...]”* (tribunaregiao.com.br – 14 de fevereiro de 2011).

É claro, esse fato talvez não tenha relação com a condenação em análise. Acreditamos, no entanto, que ele é, no mínimo, um fator interessante a ser considerado em futuras tentativas de replicação desse tipo de argumentação em outros municípios: o fato de que esse tipo de iniciativa parece já ter alcançado o objetivo a que se propunha, sem precisar interferir no mercado por meio de TAC:

Porém, não há mecanismo legal ou jurídico para obrigar um estabelecimento a vender produtos de mesma qualidade a preços iguais aos do concorrente ou mais baixos, se não há prova do “aumento arbitrário dos lucros”, ou da prática de “preços abusivos”. Não obstante, quando a proposta de preços mais elevados decorre da formação de cartel, como ocorreu na hipótese ora tratada, há mecanismos para impor aos revendedores a penalidade correspondente, justamente para coibir novas condutas deste gênero. (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1).

Acreditamos que ficou demonstrado pelo o que vai acima que não é necessário firmar um TAC para que a conduta de ajusta de preços seja punida. A crítica feita pelo SBDC

às ações civis públicas é infundada e incompatível com o acesso livre e democrático que o cidadão deve possuir ao judiciário no Estado Democrático de Direito.

9 Comparação da argumentação nos casos apresentados

Apresentaremos agora alguns dos argumentos da decisão de Jaboticabal comparados aos da decisão do CADE, como se fossem refutações aos argumentos da autarquia. Esse exercício tem como objetivo comparar a argumentação pela condenação de postos com a argumentação pelo arquivamento.

9.1 Indício de acordo.

No caso de Jaboticabal, quanto à prova de acordo expresso, entendeu-se que:

É certo que não há prova de acordo expresso, como gravações de conversas telefônicas ou de reuniões para combinação de preços. Todavia, esta prova específica é difícil de ser produzida, principalmente no caso em questão, no qual, ao que parece, não havia um líder atuando em coordenação ao cartel [...] No caso ora tratado, **não seria possível monitorar conversas entre proprietários de vinte (20) postos de gasolina.** (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1, grifo nosso).

Ou seja, se fossemos redigir esse argumento na forma de um princípio relevante de ação universalmente afirmado, como uma refutação ao afirmado pelo CADE, diríamos que “caso não haja indício, na própria denúncia de formação de cartéis, de um acordo direto entre concorrentes no setor de postos de combustíveis, essa denúncia não deverá ser investigada e não poderá resultar em condenação, a menos que seja impossível produzir tal prova.”

Esse raciocínio não está distante do que aparece na condenação do cartel do aço, que analisaremos posteriormente. É necessário um indício de que o acordo ocorreu, e não necessariamente uma gravação direta ou uma confissão:

Cabe aqui um parêntesis para estabelecer um paralelo com outras jurisdições. Nos países nos quais a aplicação da lei antitruste apresenta-se inserido dentro do direito

penal, a apreensão de agendas denunciando o encontro entre diretores de empresas concorrentes ou a simples troca de telefonemas entre eles **é prova suficiente da violação da lei**. Certamente lá, como aqui, **é impossível demonstrar que** nessas reuniões ou troca de telefonemas entre empresários responsáveis justamente pela área de comercialização e fixação de preços **o assunto tratado foi este. Mas como essa possibilidade é real, e mais do que isso, é racional, é absolutamente proibido o contato entre concorrentes**. (CADE – Processo administrativo nº 08000.015337/1997-48, julgado em 27/10/1999, Conselheiro Relator: Ruy Afonso de Santacruz Lima, grifo nosso).

9.2 Sobre o argumento da “estrutura do mercado”.

Aqui entramos em uma discussão que toca na área da economia, mas que encaminharemos à luz da argumentação jurídica. As diferentes teorias econômicas sobre o comportamento das empresas (e sobre o que constituiria um indício de cartel) não são consensuais nem mesmo na ciência econômica. Acreditamos, portanto, que a economia não tem como ser o fator único ou primordial na interpretação dos indícios nos casos de cartel.

Conforme veremos resumidamente a seguir, não há consenso científico nos estudos da economia em relação ao uso específico de dados sobre **custos** como indício de cartel. Sob um viés teórico, portanto, esses dados tanto já foram quanto não foram interpretados como um possível indício. O CADE prefere, pelos motivos técnicos expostos abaixo, não interpretá-los como dados relevantes. No judiciário, no entanto, como já vimos acima, isso parece poder ser feito. Cabe aqui comparar quais das duas posturas seria mais racional, do ponto de vista da argumentação prática.

Entendemos que, por se tratar de um assunto dentro do contexto do contingente (aquilo que pode ou não pode ser), e não do necessário (aquilo que necessariamente é ou não), a comprovação da existência ou não de um cartel não precisa ser feita, apenas e tão somente, da mesma forma que se comprova uma teoria científica das ciências naturais ou exatas: ela também pode ser feita por meio de regras da experiência, verossimilhança da narrativa acusatória, coerência e racionalidade argumentativa, interpretação livre e racional dos indícios pelo juiz, etc. Ou seja, mesmo que na ciência econômica ainda não haja consenso teórico sobre o uso de determinado dado para a comprovação de um cartel, isso não impede o juiz de usá-lo.

Aliais, mesmo que houvesse um consenso científico de que determinado dado não pode ser, teoricamente, usado como um indício de cartel, ainda assim o juiz não estaria

impedido de utilizar-se dele racionalmente – deverá fazê-lo se o caso particular analisado não possuir as mesmas características dos estudados pelos economistas.

A decisão do CADE frequentemente recorre à estudos econômicos para apoiar os seus raciocínios. Ou seja, ela utiliza como premissas diversas conclusões de estudos acadêmicos que não estão sujeitos ao debate dentro do discurso jurídico, mas que, não obstante, também não são axiomas econômicos: são temas postos em debate pela comunidade acadêmica, fora do alcance da argumentação jurídica. Não se trata, a seguir, da análise de uma perícia econômica, mas do uso de determinados estudos, ainda teóricos, para se chegar a conclusões práticas.

Entendemos que os dados referentes aos custos dos postos também podem, e devem, ser interpretados por regras da experiência, regras de senso comum, princípios e raciocínios jurídicos, por exemplo, e não precisam ser interpretados unicamente pela economia. Fazer o oposto disso é retirar o caráter de contraditório e ampla defesa da discussão e subordinar a decisão à discussões tecnicistas, demasiadamente teóricas e, portanto, estranhas ao discurso prático e jurídico, o que as torna menos democráticas.

9.2.1. Análise do argumento da “estrutura do mercado” proposto pelo CADE.

No caso dos postos de combustíveis de Blumenau, a “*estrutura de fornecimento de combustíveis vigente no país*” serviu como argumento contra a condenação dos postos. O apoio desse raciocínio é, basicamente, o fato de que esse setor possui produtos homogêneos e preços transparentes. Segundo Ragazzo (relator da decisão dos postos de Blumenau, e autor do documento de trabalho nº 40 da SEAE/MF⁴⁹, citado a abaixo):

Em termos teóricos, portanto, quanto mais homogêneo o produto e quanto maior a transparência de preços, maior a possibilidade da ocorrência de preços similares entre as empresas que atuam num mesmo segmento, não importando se o mercado é pouco ou muito concentrado. [...] a homogeneidade de preços comumente verificada na revenda de combustíveis pode ter outras explicações perfeitamente críveis e que, por isso, não pode ser tomada como indício suficiente de um cartel, **não prescindindo de outros elementos a demonstrar a existência de colusão para motivar uma investigação.** (RAGAZZO, pg. 11, grifo nosso).

⁴⁹ O documento de trabalho nº 40 da SEAE/MF foi amplamente referenciado na decisão sobre os postos de Blumenau. Os pontos que consideramos mais relevantes para o tópico “custos” foram aqui citados.

Esse raciocínio não é diferente do apresentado no caso de Jaboticabal. A principal diferença da decisão do interior de São Paulo é o fato de que nessa os dados referentes aos custos foram interpretados como sendo um **“outro elemento a demonstrar a colusão”**. No CADE, o custo diferente de aquisição dos produtos é uma variável que é, pelo menos nas decisões analisadas nesse trabalho, largamente ignorada como um indício de acordo. Analisaremos os motivos técnicos para isso a seguir.

No mesmo documento mencionado acima, citando estudo realizado por Nunes & Gomes, que analisaram o mercado de revenda de combustíveis no interior de São Paulo, Ragazzo afirma que:

[...] Segundo esses autores, levando-se em consideração que o preço de revenda é muito atrelado ao preço de compra do combustível junto à distribuidora, à margem de lucro e aos custos fixos de operação dos postos, bem como que há uma correlação positiva (ainda que fraca) entre esses custos fixos e os preços dos combustíveis, o desvio padrão dos preços de revenda deveria ser inferior ao dos preços de compra (ou seja, dos preços praticados pelas distribuidoras). **Ainda no ver desse autor, mesmo que os postos tenham custos iguais entre si, a variabilidade dos preços de revenda deveria ser, no mínimo, igual à verificada no atacado.** (RAGAZZO, pg. 31, grifo nosso).

E, nas palavras dos autores mencionados acima, para esclarecer: “[...] Em outras palavras, a variabilidade dos preços de varejo deve ser maior que a variabilidade dos preços de atacado. Mesmo que os postos tenham estruturas de custos iguais, no mínimo seus preços devem ter variabilidade igual à do atacado.” (NUNES e GOMES, pg. 9).

O estudo de Nunes & Gomes, que considera os custos dos postos como um possível indício, (de forma semelhante à juíza de Jaboticabal), foi afastado nas conclusões do documento de trabalho da SEAE principalmente ao ser confrontado com outro estudo⁵⁰, de Matthew Lewis, que, ao analisar o mercado de revenda de combustíveis de San Diego, nos EUA, demonstra, pela leitura de Ragazzo, essencialmente que:

[...] diferenças nos custos de longo prazo e na demanda dos revendedores *podem* não explicar grande parte da dispersão dos preços da gasolina. **Ou seja, não se poderia**

⁵⁰ O documento também cita o fato de que alguns postos de bandeiras específicas que recebem investimentos das distribuidoras pagam esses investimentos por meio de preços mais elevados do que o normal na aquisição de combustível, explicando, assim, a heterogeneidade dos preços de compra dos combustíveis pelos postos. Ora, acreditamos que esse fato é demasiadamente particular para ser generalizado em todos os casos de cartel. Ele pode ser um argumento da defesa nos casos particulares em que isso de fato ocorrer, mas usá-lo para justificar a não investigação de todas as denúncias fundadas em paralelismo de preços nos parece incorreto.

usar o argumento de que uma suposta heterogeneidade entre os revendedores de combustíveis e uma suposta lealdade à bandeira justificaria uma grande diferenciação nos preços de revenda. (RAGAZZO, pg. 20, grifo nosso).

O estudo de Matthew Lewis diz que revendedores heterogêneos (ou seja, com custos e produtos diferentes) não necessariamente geram preços diferentes ao consumidor. É o raciocínio que dá apoio ao que vimos no caso de Blumenau, de que os preços semelhantes podem ser tanto um indício de cartel quanto de competição. De fato, essa é uma discussão interessante, mas essencialmente acadêmica e teórica, e, acreditamos, demasiadamente recente (esses estudos são de 2005 e 2006). Além disso, nada garante que essas conclusões não sejam fruto das particularidades de cada mercado, e não necessariamente leis universais da economia – de fato, no único momento em que Lewis constrói a possibilidade de que preços semelhantes possam ser um indício de cartel, Ragazzo afasta essa possibilidade em razão da diferença da realidade americana para a brasileira:

[...] Dessa forma, à luz do verificado no estudo de Lewis (2006), assumir a homogeneidade de preços como indício suficiente de cartel sem considerar outros elementos presentes na dinâmica competitiva da revenda de combustíveis pode ser um equívoco, gerando investigações **desnecessárias**. [...] É importante ressaltar que, ao afirmar a heterogeneidade de preços é sinal de competição entre os revendedores de bandeira, Lewis (2006) *dá indícios* de que haveria uma certa diferenciação do produto ou serviço prestado pelos revendedores. Entretanto, deve ser observado que o autor associa a heterogeneidade de preços como sinal de competição para distribuidores de bandeira e de maior preço simultaneamente. Além disso, **a realidade americana é diferente da vivida no Brasil, de forma que a suposta diferenciação do produto ou serviço em questão deve ser vista com ressalvas.** (RAGAZZO, pg. 21, grifo nosso).

Não fica claro por que alguns aspectos do estudo se aplicariam à nossa realidade e outros aspectos não, e este é um dos motivos desse tipo de discussão teórica não ter o condão de justificar, de forma racional e democrática, decisões jurídicas. Da mesma forma que os indícios econômicos não conseguem provar em definitivo a existência de um cartel, os estudos teóricos da economia, baseados apenas em estatísticas e modelos teóricos, também não tem como provar a não existência de um cartel – afirmar qualquer um desses raciocínios é uma espécie de *argumentum ad ignorantiam*⁵¹.

⁵¹ Falácia do apelo à ignorância, que diz que, se não houver indícios a favor de uma proposição, ela é

Essas teoria somente provam conclusivamente que as teorias econômicas não tem como provar, sozinhas, se há ou não um cartel – acreditamos que elas não deveriam poder autorizar um arquivamento sem uma análise particular do conjunto probatório de cada caso, e muito menos um arquivamento liminar, sem investigação. Além disso, usar teorias controvertidas para justificar a não investigação de denúncias de cartel é, como diria Aristóteles, tomar como premissas “*opiniões que parecem ser de aceitação geral, quando na verdade não o são*”⁵².

9.2.2. Argumento da estrutura do mercado na sentença.

Citamos abaixo o trecho da decisão que trata do argumento da estrutura do mercado na decisão de Jaboticabal. A decisão afasta esse argumento raciocinando que a estrutura do mercado de revenda de combustíveis não seria a única que submeteria seus revendedores a condições fora do seu controle, e que isso não deveria justificar um acordo de preços, pois a sobrevivência de uma empresa não pode ser garantida por meio de atos ilícitos como a combinação, mesmo que tácita, de preços.

Inadmissível o argumento de que o alinhamento de preços seria decorrente do comportamento natural do mercado de combustíveis, cuja estrutura favoreceria a prática de ações “anticompetitivas”. Ora, diversos revendedores de outros ramos estão à mercê de regras ditadas por um mercado maior, que não controlam, e nem por isso procedem a acordos de alinhamento de preços. Da mesma forma, seria inadmissível acolher a alegação de que a conduta das revendedoras visaria à própria sobrevivência no mercado (o chamado “Cartel de Crise”), ou teria escopo de evitar a “guerra de preços”. Não se pode garantir a sobrevivência cometendo atos ilícitos e causando prejuízo a outrem. Quanto à guerra de preços, deve existir de forma saudável. Isso é próprio de um sistema de livre iniciativa e de um mercado competitivo. (TJSP – ACP nº 291.01.2006.000904-1, grifo nosso).

Sendo assim, não podemos nem mesmo construir uma condição de refutação para esse argumento, já que, na sentença de Jaboticabal, ele nem mesmo foi reconhecido

necessariamente falsa, ou que, se não houver indícios contra essa proposição, ela é necessariamente verdadeira. (Como Evitar Falácias, <http://www.pucrs.br/gpt/falacias.php>. Página visitada em 10 de novembro de 2011). O Cientista norte americano Carl Sagan a resumiu na seguinte frase: “a ausência da evidência não significa evidência da ausência.”

⁵² Diz-se raciocínio erístico aquele que resulta de proposições que parecem geralmente aceitas sem que o sejam, bem como o que decorre, ou parece decorrer, de proposições geralmente aceitas, pois nem tudo o que parece fundado na opinião o é de fato. Aristóteles, Tópicos, Livro I, 100b.

como válido. Mas podemos discutir se ela faz sentido. Tomemos os critérios sugeridos por MacCormick para avaliar a coerência de um argumento jurídico em geral, retiradas das Institutas de Justiniano: *“viver honestamente, não lesar ninguém e tratar todas as pessoas com o respeito devido a elas”*. A sentença se reporta diretamente ao valor de *“não causar prejuízos a outrem”* para conferir o sentido de que cartéis não seriam admissíveis nem mesmo para evitar guerras de preços. Esse é mais um ponto em oposição com o CADE, que admite os chamados “cartéis anticrise”.

10 Cartel do aço.

CADE – Processo administrativo nº 08000.015337/1997-48 (julgado em 27/10/1999)

Conselheiro Relator: Ruy Afonso de Santacruz Lima.⁵³

TRF-1 – Apelação Cível 8688.20.00.401340-0/DF, Sétima Turma, (julgado em 14/06/2010)

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.⁵⁴

10.1 Resumo do Caso.

Em 1996, CSN, Usiminas e Cosipa compareceram a uma reunião no Ministério da Fazenda para informar ao Governo sobre o aumento dos seus preços, que aconteceu na semana seguinte.

Após investigação do Ministério da Justiça, as empresas foram condenadas em 1999 pelo CADE a pagar multa por formação de cartel. Em recurso ao judiciário, as siderúrgicas obtiveram sentença de 1ª instância que, embora tenha mantido a condenação, determinava a retirada da reunião de 1996 da fundamentação da decisão do CADE.

Posteriormente, em apelação do CADE, o tribunal decidiu, em 2010, restaurar todos os fundamentos da decisão original, apesar de ter considerado a decisão de 1ª instância parcialmente correta. Em 2010, o CADE atualizou o valor da multa, de 60 para 136 milhões de reais.

Uma das discussões de fundo nesse caso foi a determinação de quais seriam as provas necessárias para uma condenação por cartel. A condenação do cartel do aço foi a primeira condenação por cartel na vigência da atual lei de defesa da concorrência. Ela é peculiar porque a prova do ajuste de preços foi uma das mais diretas possíveis, isto é, as empresas investigadas supostamente discutiram preços em uma reunião no órgão responsável por investigar cartéis no Ministério da Fazenda. E o mais relevante: as decisões no judiciário

⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08000.015337/1997-48. Representantes: SDE "Ex Officio". Representadas: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – USIMINAS, Cia Siderúrgica Paulista – COSIPA, Cia Siderúrgica Nacional – CSN. Conselheiro Relator: Ruy Afonso de Santacruz Lima. Julgado em 27 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

⁵⁴ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 8688.20.00.401340-0/DF. Administrativo. Cade. Processo administrativo. Imposição de multas e publicação em jornais do extrato da decisão. Lei nº 8.884/94. Paralelismo de conduta. Cartel. Acordo de preços. Enganosidade. Apelante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – USIMINAS. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Apelados: os mesmos. Sétima Turma, julgado em 14 de junho de 2010, Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acessado em 16 de novembro de 2011.

não negaram a possibilidade de uma condenação por cartel sem a prova direta de um acordo de preços, caso estejam presentes fortes indícios econômicos.

10.2 Principais argumentos das decisões analisadas

10.2.1 Cartel do Aço. Argumentação na decisão do CADE.

Os fatos presentes na decisão do CADE de 1999 sobre o cartel do aço dizem respeito a dois grupos de indícios: dados econômicos e dados indicativos de culpa. Os principais indícios econômicos são dois: (a) os preços e reajustes semelhantes no mercado de aços planos; (b) o comportamento das empresas ao reajustarem os seus preços - ajustes em datas muito próximas, sem seguirem um padrão tradicional, ou seja, a cada mês uma empresa diferente iniciava o processo de reajustes.

Os indícios aqui chamados de indicativos de culpa são os que o CADE denomina de “prova direta de acordo”. No caso, esse dado foi a realização de uma reunião no Ministério da Fazenda, com a presença dos diretores comerciais das empresas, para informar ao governo que os seus preços seriam reajustados dias depois.

Com esses dados, o CADE concluiu que havia um cartel no mercado de aços planos. Os principais raciocínios que apareceram no processo para essa alegação são de dois tipos: raciocínios para interpretar os dados econômicos e raciocínios para interpretar a reunião das empresas. Os raciocínios econômicos foram três:

(a) O primeiro, apoiado em pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Secretaria de Direito Econômico (SDE) (por sua vez apoiados em análises e teorias econômicas), que confirmaram, de maneira técnica (e não apenas intuitiva) o paralelismo de preços constante no mercado, que é, segundo as teorias econômicas adotadas, um forte indício de cartelização em mercados competitivos;

(b) O segundo, apoiada na teoria da liderança de preços, que merece maiores explicações. Essa teoria, resumidamente, diz que a maneira competitiva de se reajustar preços em um mercado oligopolizado de produtos homogêneos seria por meio de negociações que seguem uma tradição, ou seja, a empresa que primeiro anuncia a intenção de aumentar seus preços, e que de fato o faz depois de um período de negociação com seus clientes, seria sempre a mesma. Esse período de negociação seria importante para que os seus clientes pudessem negociar preços com os concorrentes.

O fato relevante para o raciocínio da decisão nesse ponto foi o de que não ficou demonstrada uma tradição no mercado, ou seja, nas duas ocasiões de aumento de preços

analisadas, a primeira empresa a anunciar o aumento foi a mesma, mas a primeira a aumentá-lo de fato não foi. O CADE concluiu que isso seria um indício de que as empresas já haviam combinado o percentual do aumento, sendo, portanto, desnecessária a negociação com os potenciais clientes (tendo em vista a certeza de que o concorrente também aumentaria o preço no mesmo patamar).

(c) O terceiro raciocínio, que reforça o anterior, é o de que, à exceção de grandes clientes com poder de barganha, como as montadoras, os preços reajustados foram praticamente os mesmos anunciados, evidenciando que não houve negociação, mas imposição de preços.

Já o raciocínio que interpretou o dado da reunião das empresas foi uma de ordem prática, apoiado na suposição verossímil, e mesmo presunção de culpa, de que uma reunião de diretores comerciais de empresas supostamente concorrentes, para discutir preços, seria sempre lesiva à concorrência e sempre uma evidente prova direta de acordo.

O CADE deixou claro que não aceitaria a refutação de que tais reuniões eram, à época, frequentes em outros Ministérios (como o de minas e energia). A refutação de que a reunião seria meramente informativa, e que as negociações já haviam acontecido, foi afastada pelo fato, já mencionado, de que os percentuais de aumento foram iguais para todos os cliente sem poder de barganha para negociarem um preço mais favorável. A decisão também afirmou que uma refutação aceitável seria a alegação do chamado “cartel anticrise”, formado para fazer frente à uma situação econômica adversa.

As empresas informaram também que os preços seriam razoáveis com os seus custos, mas o CADE afastou essa refutação dizendo que **o argumento desenvolvido na decisão não dependeria de uma análise de custos no mercado, que nem mesmo foi objeto de investigação.**⁵⁵

10.2.2 Cartel do Aço. Argumentação no TRF-1.

Após a condenação de 1999 no CADE, sintetizada acima, as empresas recorreram à Justiça Federal para anular a decisão da autarquia. Dois pontos são importantes para o presente trabalho nas discussões travadas no judiciário:

⁵⁵ CADE, PA nº 08000.015337/1997-48 pg. 9: “um acordo entre concorrentes para reajuste de preços constitui-se conduta anticompetitiva independentemente de uma possível justificativa em termos de custos.” pg. 23: “A SEAE ressalta que sua representação não se refere a preços abusivos, análise que exigiria estudos referentes à evolução dos custos fabris das Representadas, além da definição do que seriam margens de lucro setoriais compatíveis com um processo concorrencial adequado do ponto de vista do bem-estar econômico, mas tão somente à formação de cartel.”

(i) o fato, já mencionado anteriormente e que analisaremos a seguir, de que o CADE não considerou os custos das empresas como um dado relevante;

(ii) o argumento, apresentado em primeira instância e confirmado na segunda, de que os efeitos previstos no art. 20, I, da lei de defesa da concorrência seriam suficientes à configuração da infração, mesmo que se conclua pela não demonstração de um conluio entre as empresas. Analisaremos esse último ponto na conclusão.

10.3 Análise de consistência.

No exemplo a seguir, temos:

(i) de um lado, o argumento de que, havendo aumentos de custos dos insumos de um determinado mercado, as empresas desse mercado podem ser levadas a aumentar seus preços de forma semelhante;

(ii) de outro lado, a alegação da análise econômica empreendida pelo SBDC, no sentido de que não haveria, em hipótese alguma, uma explicação racional, fora o cartel, para o aumento de preços verificado, sendo que os custos nem mesmo precisariam ser verificados.

À época não havia causa determinante para a continuidade do exercício da atividade econômica desenvolvida pelas empresas que impedisse a manutenção dos preços que vinham sendo por elas praticados por mais tempo, como o aumento dos insumos dos produtos ou **dos custos de produção**. (TRF-1 – AC nº 8688.20.00.401340-0/DF, grifo nosso).

Oito parágrafos depois, afirma-se que:

“Não houve, todavia, imputação às empresas da prática de preço abusivo. **A decisão do CADE frisa que sequer houve investigação a propósito da razoabilidade ou não do aumento de preços em relação aos custos das empresas.**” (TRF-1 – AC nº 8688.20.00.401340-0/DF, grifo nosso)

E, no parágrafo seguinte:

A falta de racionalidade econômica a que alude a decisão administrativa não foi do valor do aumento e nem mesmo da possibilidade, em tese, de paralelismo de conduta lícito em mercados oligopolizados de produtos homogêneos, premissa

aceita como correta pelo CADE. Faltou racionalidade econômica, no sentido de **ausência de justificativa por qualquer teoria econômica do alegado paralelismo de conduta não decorrente de conserto ilícito**, já que não configurados os pressupostos da liderança da firma dominante do mercado (nenhuma das empresas tinha domínio individual do mercado, todas tinham grande porte) e nem da liderança barométrica (como já exposto acima) e **nem tão pouco verificada a ocorrência de circunstância de mercado (aumento dos custos ou alteração da demanda) que fosse simultaneamente perceptível pelas três empresas como impositiva do aumento de preços para que pudessem continuar a desenvolver sua atividade econômica.** (TRF-1 – AC nº 8688.20.00.401340-0/DF, grifo nosso)

Ora, identificamos dois problemas nesses trechos:

(i) como pode ter sido verificado que não houve a “ocorrência de circunstância de mercado (aumento dos custos ou alteração da demanda) que fosse simultaneamente perceptível pelas três empresas como impositiva do aumento de preços”, sendo que “sequer houve investigação a propósito da razoabilidade ou não do aumento de preços em relação aos custos das empresas”?

(ii) Outro problema é o fato de que o que foi aplicado nesse caso foi, principalmente, uma teoria econômica, a qual o magistrado ficou adstrito como se lei fosse. A conduta foi tipificada em relação a uma teoria econômica, que descreve o comportamento humano na gerência racional de empresas e na negociação de preços. Ora, sendo uma teoria sobre o comportamento humano, é, em larga medida, uma teoria dentro do contexto do contingente (pode ser e pode não ser). Ou seja, não é um raciocínio universalizável, mas extremamente particularista: se a imputação é em relação a uma teoria econômica, de agora em diante basta aos agentes econômicos emularem o comportamento descrito pela teoria da liderança de preços. Isso porque o fator determinante na condenação foi o fato de que uma empresa aumentou os seus preços antes que a suposta líder o tivesse feito – nada impede que, cientes desse raciocínio, os próximos cartéis emulem o comportamento tido como “racional” pela teoria econômica adotada.

A decisão pode ter sido tão brilhante quanto a decisão do rei Salomão ao ordenar que a criança em disputa por duas mães fosse dividida pelo fio da espada (sabendo que a verdadeira mãe se oporia a isso), mas, em nenhum dos dois casos, a decisão poderia ser replicada: as próximas mães em litígio saberiam como reagir diante da provocação do rei. É o

requisito da universalização, descrito por MacCormick, que falta nesse tipo de decisão, e que a torna menos racional dentro do Estado Democrático de Direito.

11 Conclusão: cartel ou infração à ordem econômica?

A seguir, procuramos desenvolver uma reflexão sobre as dificuldades identificadas acima quanto a prova da existência de um cartel (deixando, não obstante, o problema em aberto).

No caso do cartel do aço, por exemplo, em recurso à primeira instância da Justiça Federal, a reunião feita no Ministério da Fazenda não foi considerada como um indício de acordo, mas, apesar disso, a condenação foi mantida. As empresas recorreram novamente, sustentando *“não ser possível a configuração de infração à ordem econômica pela simples materialização de um dos efeitos previstos no art. 20, sendo necessário que tais efeitos decorram de alguma das condutas descritas no art. 21, da Lei 8.884/94.”* (TRF-1 – AC nº 8688.20.00.401340-0/DF).

O artigo 21 da lei de defesa da concorrência descreve as condutas anticompetitivas que são passíveis de sanção. Dentre elas, está a conduta de *“fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços”* (Art. 21, inciso I da lei 8.884/94). Porém, elas somente serão entendidas como infração à ordem econômica se os efeitos descritos no artigo 20 forem identificados:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

O contrário não é verdadeiro: presentes os efeitos do artigo 20, não é necessário a demonstração das condutas do 21. Foi isso que entendeu o TRF-1 na decisão analisada acima, quando, ao responder aos argumentos da recorrente, que pleiteava a anulação da sentença que se baseou apenas na condenação por efeitos (afastada a prova do acordo), disse (e repetiu diversas vezes) que **“É possível, portanto, haver infração à ordem**

econômica pela simples caracterização dos resultados descritos no art. 20, da Lei 8.884/94.”

Digamos que o caso de Jaboticabal tivesse sido decidido pelo CADE. Ora, os indícios constantes nessa denúncia eram apenas em relação ao paralelismo dos preços e a sua notável diferença com outros municípios – justamente as características que, de acordo com o CADE no caso dos postos de Blumenau, devem motivar o arquivamento das investigações pelo SBDC. Ou seja, o cartel não teria sido punido (partindo da premissa que a decisão da juíza foi acertada).

Ora, em tese, se existem fortes indícios de um cartel, é possível que esses preços estejam causando danos à economia e à concorrência (causando os efeitos descritos no artigo 20 da lei de defesa da concorrência) – principalmente quando se trata de combustíveis, produto essencial que influencia praticamente todos os outros preços na economia. Porém, aparentemente, existem apenas duas opções atualmente no âmbito do SBDC para lidar com esses preços tidos como injustos: (i) aceitar condenações de postos somente pela tipificação “prática de cartel” (o que, de fato, no CADE, exigem uma prova mais robusta), e isso exigiria uma intensificação das investigações (hipótese que parece ser, de acordo com o CADE, demasiadamente custosa para a administração pública); ou (ii) criar, pela jurisprudência, uma nova infração chamada “paralelismo de preços” – hipótese também vedada, já que é certo que essas coincidências nos preços podem acontecer pela competição natural do mercado, além disso ser a própria definição de um ilícito *per se*, que não é aceito no Brasil.

Uma terceira hipótese seria de fato investigar os postos, ao invés de rejeitar todas as centenas de denúncias, e analisar as evidências colhidas não apenas por filtros técnico-econômicos, mas também pelo livre convencimento, máximas de experiência, pelo bom senso, enfim, todos os meios de prova aceitáveis em direito (como foi feito em Jaboticabal), não apenas os baseados em teorias econômicas – de fato, provavelmente não existirá jamais uma fórmula matemática para, baseando-se apenas em dados contábeis e estatísticos, avaliar com absoluta certeza se algumas condutas causam ou não danos econômicos.

Sobre esse assunto, McCormick, ao tratar das armadilhas argumentativas do consequencialismo, faz a ressalva de que alguns ramos específicos do direito (em especial o antitruste) podem sim fazer uso de “avaliações de impacto” e análises econômicas, mas deixa o problema relativamente em aberto, e atrelado à condição de que esse uso seja feito conjuntamente à avaliação satisfatória dos resultados pretendidos (MACCORMICK, pp.138-139). Recentemente, por meio da resolução nº 53/2009, o CADE criou o chamado

Departamento de Estudos Econômicos, e, dentre as suas atribuições, está “avaliar o impacto econômico das decisões do CADE, de forma a contribuir para o aprimoramento das decisões futuras;” (Artigo 3º, VIII da Resolução 53/2009 do CADE). Essa avaliação, porém, está condicionada a uma requisição ou permissão do Plenário – ou seja, a autarquia faz amplo uso de raciocínios embasados em análises e previsões de impacto econômico, e o faz sem que a avaliação empírica dos resultados de suas decisões sejam uma parte fundamental dessa intervenção: é apenas uma avaliação eventual.

Tendo em vista que o órgão administrativo possui mais conhecimento técnico da matéria, o argumento de que não é necessário sequer investigar a possibilidade de haver um cartel, quando o primeiro indício encontrado é o paralelismo de preços, se apresenta com a pretensão, e o risco, de se tornar o entendimento consolidado sobre o assunto, efetivamente criando uma “blindagem jurídica” contra todos os cartéis de combustíveis que não realizam suas reuniões à luz do dia.

E mesmo que se chegue ao extremo de se afirmar que as decisões do CADE são fundamentalmente políticas, elas fazem amplo uso de argumentação jurídica e criam lugares-comuns que se espalham para outras decisões jurídicas. Embora as esferas judicial e administrativa sejam diferentes, o objeto analisado (cartel) é o mesmo, e os entendimentos construídos pelo CADE possuem muita autoridade, conforme a própria SDE atesta na cartilha de defesa da concorrência no judiciário (tratando de perícias econômicas em recursos a decisões do CADE):

Além disso, ainda que discutida questão de fato, **difficilmente qualquer perito teria melhores condições técnicas para se pronunciar sobre questões econômicas do que os sete membros do CADE**, especialistas na matéria, cuja decisão foi amparada por diversos outros órgãos de Estado (SDE, Seae, AGU e MPF). Assim, é difícil sustentar que a avaliação de um único perito possa substituir qualitativamente a decisão proferida pelo CADE, tendo em vista o procedimento adotado nos processos administrativos de sua competência. (DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO JUDICIÁRIO, p. 22, grifo nosso).

Por fim, deixamos em aberto o questionamento, que consideramos relevante, sobre se devemos proteger a concorrência como um fim em si mesmo, ou se esta se presta a outros objetivos, como o aprimoramento técnico, o desenvolvimento tecnológico ou a melhor satisfação das preferências dos consumidores, por exemplo.

Caso se afirme a segunda hipótese (que acreditamos ser mais coerente com os outros valores e princípios constitucionais vigentes e relevantes), devemos nos perguntar se ainda há espaço para grandes avanços técnico-científicos no setor de revenda de combustíveis, e se os lucros do setor estão, de alguma forma, se traduzindo em novos ganhos de eficiência. Acreditamos que a resposta a essa pergunta influencia na ponderação dos valores envolvidos numa decisão de intervir nesse mercado, na medida em que mitiga o peso da livre iniciativa na equação, autorizando a intervenção do Estado pelo poder judiciário.

Como já vimos no caso de Jaboticabal, tal intervenção pode se mostrar frutífera, sem a necessidade de uma ingerência demasiada no setor privado da economia, mas seguindo uma lógica simplesmente fiscalizadora e sancionadora.

Referências bibliográficas.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3937/2004. Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em 23 de novembro de 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08000.015337/1997-48. 1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço comum. 2. Infração prevista no artigo 20, I c/c artigo 21, I da Lei nº 8.884/94. [...] 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preços. Representantes: SDE "Ex Offício". Representadas: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – USIMINAS, Cia Siderúrgica Paulista – COSIPA, Cia Siderúrgica Nacional – CSN. Conselheiro Relator: Ruy Afonso de Santa-cruz Lima. Julgado em 27 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08012.005545/1999-16. Processo Administrativo. Denúncia de formação de Cartel. Mercado de postos de combustíveis em Blumenau/SC. Indícios insuficientes. Ausência de prova direta. Arquivamento. Representantes: Comissão Parlemantar Externa da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Procon do Município de Blumenau/SC. Representadas: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Blumenau – Sinpeb e outros. Julgado em: 28 de abril de 2010. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução Nº 53, de 16 de setembro de 2009 - Cria o Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em 23 de novembro de 2011.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 8688.20.00.401340-0/DF. Administrativo. Cade. Processo administrativo. Imposição de multas e publicação em jornais do extrato da decisão. Lei nº 8.884/94. Paralelismo de conduta. Cartel. Acordo de preços. Enganosidade. Apelante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais USIMINAS. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Apelados: os mesmos. Sétima Turma, julgado em 14 de junho de 2010, Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acessado em 16 de novembro de 2011.

COMBATE A CARTÉIS NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. 2009, 1ª edição. Publicação Oficial.

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO JUDICIÁRIO. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. 2010, 1ª edição. Publicação Oficial.

JABOTICABAL. 1ª. Vara Cumulativa de Jaboticabal. Ação Civil Pública, processo nº 291.01.2006.000904-1. Sentença. Ação Civil Pública. Postos de combustíveis. Formação de Cartel. Preços idênticos ou muito próximos durante longo período. Caracterização. Procedência da ação. Condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Requerente: Ministério Público do Estado De São Paulo. Requeridos: Auto posto S. Gomes Ltda e outros. Juíza Carmen Silvia Alves. Julgamento 20 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 33, 2005, Natal – RN. Anais... Brasília: ANPEC, 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; DA SILVA, Rutelly Marques. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 40 - Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartões na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações. 2006.