

A FALÁCIA DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL NO DIREITO ANTITRUSTE E AS CONTRIBUIÇÕES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

THE FALLACY OF RATIONAL CHOICE THEORY IN ANTITRUST LAW AND THE CONTRIBUTIONS OF BEHAVIORAL ECONOMICS

Ana Frazão

Advogada e Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB. Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB Federal. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Líder do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.
E-mail: anafrazaovieirademello@gmail.com

Júlia Namie M. P. Ishihara

Graduada em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Assistente Técnica da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Integrante do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.
E-mail: julia.namie.maia@gmail.com

Recebido em: 10/06/2020

Aprovado em: 03/05/2021

RESUMO: O presente artigo explora as distorções causadas pela adoção, muitas vezes de forma acrítica, da teoria da escolha racional (rational choice theory) na análise antitruste. A partir dos ensinamentos da economia comportamental, expõe as limitações da teoria da escolha racional e propõe novas perspectivas e critérios que podem e devem ser incorporados ao Direito Concorrencial, tornando-o mais consentâneo com a realidade. Por fim, sem pretensão de esgotar o tema, apresenta algumas alternativas metodológicas para que a referida incorporação ocorra de forma segura e consistente com os propósitos da análise concorrencial. Nesse sentido, propõe que a economia comportamental torne-se ferramenta de análise antitruste, preferencialmente associada a estudos empíricos, no contexto da superação da crença de que as teorias econômicas devem sempre gerar pressupostos e previsões universais e da defesa da necessidade de uma análise antitruste mais empírica.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Teoria da escolha racional. Escola de Chicago. Economia comportamental. *Behavioral Antitrust*.

ABSTRACT: This article explores the distortions caused by the adoption, often uncritically, of
Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 30 | n. 11 | p.346-375 | Set./Dez. 2021

the rational choice theory in antitrust analysis. Based on the findings of Behavioral Economics, it exposes the limitations of the rational choice theory and proposes new perspectives and criteria that can and should be incorporated into Competition Law, making it more in line with reality. Finally, without intentions to exhaust the topic, it presents some methodological alternatives so that said incorporation occurs safely and consistently with the purposes of competitive analysis. In this sense, it proposes that Antitrust should embody Behavioral Economics as an analytical tool associated with empirical studies, in the context of overcoming the belief that economic theory must always generate universal assumptions and predictions; and in defense of a more empirical analysis.

Keywords: Antitrust Law. Rational choice theory. Chicago School. Behavioral Economics. Behavioral Antitrust.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O parâmetro da escolha racional e suas insuficiências na previsibilidade e análise de comportamentos. 2 As distorções causadas na análise concorrencial pela teoria da escolha racional: o real comportamento dos consumidores. 2.1 Os impactos dos vieses comportamentais na delimitação do mercado relevante. 2.2 Os impactos dos vieses comportamentais na presunção de entrada adotada na análise concorrencial. 3 Behavioral Antitrust: de que forma a Economia Comportamental pode ser aplicada na análise concorrencial? 3.1 As críticas ao Behavioral Antitrust e as respostas de seus defensores. 3.3 Alternativas para a incorporação dos ensinamentos da Economia Comportamental ao Direito Concorrencial: uma ferramenta associada à análise empírica. 3.2 Os riscos das simplificações e das predições das teorias econômicas: cuidados a serem observados na aplicação da economia comportamental. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Escola de Chicago foi responsável pela mudança paradigmática, moldada e implementada nas décadas de 1970 e 1980, por meio da qual teorias e métodos supostamente empíricos da economia passaram a ser aplicados aos institutos centrais do direito.¹

Na seara antitruste, a proposta de colocar a economia no primeiro plano da análise jurídica foi amplamente aceita por juristas e economistas,² diante das promessas de segurança e objetividade que decorreriam da nova metodologia, sempre apresentada a partir dos prismas de neutralidade valorativa e cientificidade. Foi nesse contexto que a Escola de Chicago colocou a eficiência no centro da análise antitruste, identificando-a com a maximização do bem-estar do consumidor.³

Construiu-se, portanto, uma teoria antitruste com base na crença de que os seres humanos comportam-se racionalmente e, que nos casos limitados de desvios, a força autocorretiva do mercado neutralizaria o comportamento irracional.⁴ A rigor, do ponto de vista das premissas, foram acolhidos amplamente os pressupostos que deram ensejo à revolução marginalista e ao advento da economia neoclássica do final do século XIX: mercados como espaços em que os agentes econômicos, vistos como maximizadores racionais de utilidades individuais – o paradigma do *homo economicus* –, podem cooperar livremente, já que têm acesso às informações para tomarem

¹ POSNER, Richard A. *The Economic Approach to Law*. Texas Law Review, Vol. 53, n. 757, 1975, p. 759.

² Op. cit. p. 758.

³ Confira-se: BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press. 1993, 2nd edition, p. 90.

⁴ Confira-se: POSNER, Richard A. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 127, n. 925, 1979.

as decisões racionais e acertadas e o resultado da cooperação tenderia sempre ao equilíbrio e à estabilidade.⁵

Mesmo as críticas quanto ao distanciamento do critério de eficiência em relação à realidade⁶ não foram suficientes para diminuir o prestígio da Escola de Chicago, já que várias linhas de pensamento contrárias são igualmente influenciadas pela suposição de racionalidade na análise antitruste,⁷ o que acontece até mesmo com a Escola de Freiburg.⁸

Os desenvolvimentos da economia comportamental também não foram suficientes para comprometer o pressuposto da racionalidade,⁹ que continua a ser aplicado, muitas vezes, de forma acrítica,¹⁰ sendo a origem de várias presunções tipicamente admitidas no Direito Antitruste.¹¹

Daí se poder concluir pelo triunfo da chamada teoria da escolha racional, que, como já se viu, foi desenvolvida no campo da microeconomia e assume, genericamente, que os tomadores de decisões são racionalmente interessados em si mesmos.¹² Posteriormente, a teoria da escolha racional foi importada para a área jurídica por autores da análise econômica do direito (*Law and Economics*)¹³ e, embora haja um considerável debate sobre o que exatamente é a chamada “escolha racional”,¹⁴ esta pode ser compreendida, de forma ampla, como a maximização racional na tomada

⁵ Confira-se FRAZÃO, Ana. *Propriedade e Empresa. Função Social e Abuso de Poder Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 64-65.

⁶ Confira-se, nesse sentido, a crítica de Pitofsky à Escola de Chicago: “*preferences for economic models over facts, the tendency to assume that the free market mechanisms will cure all market imperfections, the belief that only efficiency matters, outright mistakes in matters of doctrine, but most of all, lack of support for rigorous enforcement and willingness of enforcers to approve questionable transactions if there is even a whiff of a defense*” (PITOFSKY, R. (org.) *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Oxford, 2009, p. 5).

⁷ TATE, Matt. *Behavioral Economics: An Insight into Antitrust*. *Law & Psychology Review*, Vol. 37, pp. 249-270, 2013, p. 254. Também: REEVES, Amanda & STUCKE, Maurice. *Behavioral Antitrust*. *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2011, p. 1528.

⁸ Confira-se: “Para os ordoliberalis a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores. 2013, p. 44).

⁹ Ver tópicos seguintes deste trabalho sobre o surgimento do *Behavioral Antitrust*.

¹⁰ Ressalta-se que não se pretende dizer que a teoria da escolha racional é acrítica, mas sim que sua incorporação ao Direito Concorrencial se deu de forma automática com os demais pressupostos econômicos, de modo que, atualmente, é aplicada irrefletidamente na análise antitruste.

¹¹ Nesse sentido, cita-se a presunção de que menores barreiras à entrada tornam menos provável o abuso de posição dominante ou da posição adquirida após a concentração. Para maiores detalhes, confira-se o tópico III.2.

¹² Confira-se: “*In our review of microeconomic theory we have followed modern microeconomists in assuming that decision makers are rationally self-interested. This theory of decision making is called rational choice theory and has served economics profession well over the past 60 or more years in theorizing how people make explicitly economic decisions*” (COOTER, Robert & ULEN, Thomas, *Law & Economics*, Pearson Series in Economics, 6ª edição, 2016, p. 50).

¹³ “*To satisfy this need, early law-and-economics scholars imported from economics a series of assumptions about how people respond to incentives, known generally as ‘rational choice theory’.*” (KOROBKIN, Russell B. and ULEN, Thomas S. Ulen. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. *California Law Review*, vol. 88, n. 4, July 2000, p. 1055).

¹⁴ Nesse sentido: “*There is considerable debate within both the economics and law-and-economics communities about precisely what rational choice theory is and is not. As it is applied implicitly or explicitly in the law-and-economics literature, however, it is understood alternatively as a relatively weak, or “thin,” presumption that individuals act to maximize their expected utility, however they define this, or as a relatively strong, or “thick,” presumption that individuals act to maximize their self-interest*” (*Id.*, p. 1055). Para mais detalhes sobre os diversos conceitos de escolha racional, confira-se o tópico a seguir.

de decisões, seja em relação a um objetivo determinado, como a utilidade ou os lucros,¹⁵ ou em relação a um objetivo qualquer.¹⁶

No Brasil, a Escola de Chicago, preenchendo um vazio teórico no Direito Concorrencial, tornou-se o referencial normativo indisputado, a ponto de fazer com que a discussão se afastasse das suas necessárias vinculações com as questões constitucionais que estruturam e moldam o controle do poder econômico.¹⁷ Dessa maneira, também entre nós, a teoria da escolha racional passou a determinar os rumos da política concorrencial, tendo grande influência até os dias atuais.

É nesse contexto que o presente artigo pretende, a partir da explicitação das limitações da teoria da escolha racional, (i) analisar as distorções causadas pela sua adoção na análise concorrencial, em especial, na parte em que envolve o comportamento de consumidores e (ii) verificar em que medida os resultados de estudos da economia comportamental podem ser utilizados para incrementar a metodologia do Direito Concorrencial, aproximando-o da realidade.

Para isso, o presente artigo fará, inicialmente, uma breve definição das principais variações da teoria da escolha racional, bem como analisará suas insuficiências na previsibilidade e análise de comportamentos (II). Em seguida, serão exploradas as distorções causadas pela teoria tanto na análise concorrencial em geral (III), quanto na delimitação de mercados relevantes (III.1) e na presunção de entrada quando as barreiras são baixas (III.2). Diante disso, será explorado de que forma a economia comportamental pode ser incorporada ao Direito Concorrencial (IV). Para tanto, serão analisadas as críticas ao *Behavioral Antitrust* e as respostas de seus defensores (IV.1). Em sequência, serão feitas breves considerações sobre os riscos das simplificações e das previsões nas teorias econômicas (IV.2), para, ao final, sem pretensão de esgotar o tema, serem propostas algumas alternativas para a referida incorporação (IV.3.)

1 O PARÂMETRO DA ESCOLHA RACIONAL E SUAS INSUFICIÊNCIAS NA PREVISIBILIDADE E ANÁLISE DE COMPORTAMENTOS

O conceito básico utilizado pela análise econômica do direito é o de que o ser humano atua racionalmente para maximizar suas satisfações,¹⁸ em um reflexo da definição dominante na microeconomia de que os indivíduos sempre agem de forma a maximizar sua utilidade esperada, sujeita às restrições.¹⁹ A utilidade, nesse sentido, pode ser vista como a satisfação ou felicidade, de modo que a decisão a ser tomada deve corresponder à melhor alternativa esperada dentro das restrições.²⁰

Em suma, o pressuposto básico é de que os tomadores de decisões realizam a análise implícita ou explícita do custo-benefício das opções disponíveis dentro das restrições e

¹⁵ “*The theory of rational choice has become the predominant theory of human behavior in many of the social sciences. The theory holds, among other things, that individuals are rational utility-maximizers and that organizations are rational profit-maximizers*” (ULEN, Thomas. *The Theory of Rational Choice, Its Shortcomings, and the Implications for Public Policy Decision Making*. Science Communication, 1990, Vol. 12, N. 2, p. 170).

¹⁶ Nesse sentido: “*The editors of the Review have asked me to comment on JST’s paper, no doubt because of my identification with rational-choice economics. Since JST complain with some justice that economists and economically minded lawyers do not always make clear what they mean by ‘rationality,’ let me make clear at the outset what I mean by the word: choosing the best means to the chooser’s ends.*” (POSNER, Richard. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998, p. 1551).

¹⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência*. Revista do IBRAC. v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009. p. 327; e FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 39-42.

¹⁸ Op. cit. POSNER, 1975, p. 761.

¹⁹ Op. cit. KOROBIKIN & ULEN, p. 1062.

²⁰ Nesse sentido: “*consumer maximize utility (that is happiness or satisfaction) [...]. Choosing the best alternative that the constraints allow corresponds to maximizing the utility function subject to the feasibility constraint. So, the consumer who goes shopping is said to maximize utility subject to her budget constraint*” (Op. cit. COOTER & ULEN, pp. 12-13)

selecionam o método ideal para alcançar seus objetivos.²¹ Tal modelo, contudo, está sujeito ao nível de tolerância ao risco do indivíduo,²² além de demandar, para a tomada racional de decisão, uma série de condições, como a de que sujeito possa comparar a utilidade entre todas as alternativas e a de que consiga discernir entre as opções a que mais lhe beneficie.²³

Dessa forma, se um indivíduo tomar uma decisão que não maximiza os seus benefícios líquidos esperados, ele está violando a previsão de comportamento estipulada pela teoria de maximização da utilidade esperada. Contudo, é difícil prever quais escolhas serão tomadas sem saber quais as preferências de utilidade do indivíduo, de modo que os acertos ou não das previsões comportamentais dessa teoria não podem, em geral, ser verificados. Assim, versões mais robustas da teoria da escolha racional foram desenvolvidas a partir da versão da utilidade esperada, adicionando-se previsões sobre os objetivos e as preferências dos atores.²⁴

As abordagens mais densas postulam também o interesse próprio como o motivador básico das decisões. Dentre estas, surgiram as que especificam ainda mais qual seria o objetivo do interesse próprio, compreendendo-o como a consciente maximização financeira, de poder ou influência, dentro das condições de informação.²⁵

Tais vertentes de maximização econômica são aplicadas não apenas no âmbito de condutas individuais, mas também na análise do comportamento empresarial, com a presunção quase indiscutível de que as firmas atuam racionalmente no mercado, buscando a maximização de seus lucros.²⁶ Vale ressaltar que, no contexto de racionalidade, a proteção ao consumidor é pensada a partir da proteção da sua liberdade de decidir e contratar e na ampla informação. Presentes esses dois pressupostos, parte-se da premissa de que o consumidor, racionalmente, adotará a conduta mais adequada para ele.

Vistos os conceitos estruturantes da teoria da escolha racional, é necessário verificar se são suficientes para descrever e prescrever comportamentos, tornando-se, assim, úteis à análise jurídica. Para isso, é importante lembrar que há duas formas em que uma teoria pode falhar em seu propósito explicativo: (i) por meio da indeterminação, isto é, quando falha em produzir previsões únicas; e (ii) por meio da inadequação, ou seja, quando suas previsões falham.²⁷

Nesse sentido, adianta-se que a definição clássica da teoria da escolha racional falha por ser essencialmente normativa e não explicativa, motivo pelo qual seus resultados são caracterizados tanto pela sua indeterminação quanto pela sua inadequação, como fica claro na lição de Elster:

[A] teoria da escolha racional é antes de tudo uma teoria normativa e apenas secundariamente uma abordagem explicativa. Diz às pessoas como agir e prevê que elas agirão da maneira que a teoria lhes disser. Na medida em que esta não

²¹ Op. cit. KOROBKIN & ULEN, p. 1063.

²² Para uma análise sobre a atitude de indivíduos em relação ao risco, veja: Op. cit. COOTER & ULEN, p. 44-47.

²³ Plous estabelece as seguintes condições para a tomada de decisão racional: "(1) *Commensurability*: actors should be able to compare the utility consequences of all alternatives to each other; (2) *Transitivity*: if an actor prefers choice A to choice B and choice B to choice C, he should then prefer choice A to choice C; (3) *Invariance*: the preference between two or more choices should not depend on how the choice is presented or structured, so long as the outcome possibilities are constant; (4) *Cancellation*: a choice between options should not depend on features of the options that are identical; and (5) *Dominance*: an actor should never choose an option in which every feature is only as good as the features of a competing option, and at least one feature is not as good." (PLOUS, Scott. *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill, 1st edition, 1993, p. 81-82)

²⁴ PARISI, Francesco & SMITH, Vernon (ed.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford University Press, 2005, p. 297.

²⁵ GREEN, Donald & SHAPIRO, Ian. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. Yale University Press, 1996, p. 29

²⁶ Op. cit. COOTER & ULEN, p. 26: "Just as we assume that consumers rationally maximize utility subject to their income constraint, we assume that firms maximize profits subject to the constraints imposed on them by consumer demand and the technology of production".

²⁷ ELSTER, Jon. *When Rationality Fails*, In: *The Limits Of Rationality*, Karen Schweers Cook & Margaret Levi eds., University of Chicago Press, 1990, p. 19

fornece prescrições inequívocas, é indeterminada. Na medida em que as pessoas não seguem suas prescrições – isto é, tendo em vista que se comportam de maneira irracional – a teoria é inadequada.²⁸

Ainda que as abordagens mais densas, ao estipularem os propósitos perseguidos, consigam gerar algumas previsões sobre como atores podem responder a diferentes regimes jurídicos, esses prognósticos sobre as preferências dos sujeitos e meios utilizados por eles para atingi-las não condizem com a realidade, como já demonstrado por vários estudos,²⁹ alguns dos quais serão abordados a seguir.

2 AS DISTORÇÕES CAUSADAS NA ANÁLISE CONCORRENCIAL PELA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL: O REAL COMPORTAMENTO DOS CONSUMIDORES

A teoria da escolha racional começou a ser questionada dentro da microeconomia principalmente pela via empírica. Em primeiro lugar, porque, tal como se viu na seção anterior, o parâmetro do *homo economicus* nunca decorreu propriamente da observação, da coleta de dados ou do exame da realidade, mas sim de uma teoria que pretendia explicar o comportamento humano a partir de suas próprias premissas.

Mais do que isso, um consistente conjunto de pesquisas experimentais começou a apontar para diagnósticos distintos – quando não opostos – aos oferecidos pela teoria da escolha racional, demonstrando que as pessoas nem sempre se comportam da forma prevista pela presunção de racionalidade e maximização do interesse próprio.³⁰ Pelo contrário, dados empíricos revelam que o comportamento humano está sujeito a vieses ilógicos sistemáticos, sendo, nesse sentido, previsivelmente irracional³¹ ou pelo menos bastante distante do padrão de racionalidade previsto pelo *mainstream* econômico.³²

A economia comportamental, surgiu, assim, como um campo da microeconomia que utiliza os métodos da neurociência e das ciências sociais para entender os limites da presunção da teoria da escolha racional. Com base nos resultados obtidos pelas pesquisas empíricas, a economia comportamental caracteriza o comportamento humano por meio de três traços principais: (i) racionalidade limitada, (ii) força de vontade limitada, e (iii) interesse próprio limitado.³³

O termo *bounded rationality*, aqui chamado de racionalidade limitada, foi criado por Herbert Simon e aborda a ideia de que, dadas as limitações cognitivas e biológicas da condição humana, a preocupação do indivíduo é encontrar um mecanismo de escolha que permita um resultado satisfatório em algum nível específico de suas necessidades.³⁴

²⁸ Op. cit. ELSTER, p. 19, tradução nossa. No original: “As argued below, rational choice theory is first and foremost a normative theory and only secondarily an explanatory approach. It tells people how to act and predicts that they will act in the way the theory tells them to. To the extent that it fails to give unambiguous prescriptions, it is indeterminate. To the extent that people fail to follow its prescriptions – to the extent, that is, that they behave irrationally – the theory is inadequate”.

²⁹ Op. cit. KOROBKIN & ULEN, p. 1069.

³⁰ Op. cit. COOTER & ULEN, p. 50.

³¹ Confira-se: ARIELY, Dan. *Predictably Irrational - The Hidden Forces That Shapes Our Decisions*. Harper Collins, New York, 2008.

³² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 210: “Meus colegas economistas trabalhavam no prédio ao lado, mas eu nunca percebera a profunda diferença que havia entre nossos mundos intelectuais. Para um psicólogo, é evidente que as pessoas não são nem completamente racionais, nem completamente egoístas, e que seus gostos podem ser tudo, menos estáveis. Nossas disciplinas pareciam estar estudando diferentes espécies, que o economista comportamental Richard Thaler depois batizou de Econs e Humanos”.

³³ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Stanford Law Review. 1998. Vol. 50, p. 1476-1480.

³⁴ SIMON, Herbert A., *Rational Choice and the Structure of the Environment in Models of Man: Social and Rational*, 1957, p. 261.

Em outras palavras, os seres humanos não visam propriamente à opção que maximiza a utilidade, mas sim à satisfatória, consideradas todas as limitações dos processos decisórios. Ao invés de realizarem uma análise imparcial dos custos-benefícios de cada opção, como previsto pela teoria da escolha racional, os indivíduos utilizam-se de uma série de heurísticas e estão sujeitos a vieses na tomada de decisões.

Ademais, as pessoas frequentemente agem de forma conflitante com os seus interesses de longo-prazo, comportamento a que se refere o termo força de vontade limitada (ou *bounded willpower*).³⁵ Isso impacta também no cumprimento de metas estabelecidas pelos próprios indivíduos, que, por exemplo, comumente gastam a quantia de dinheiro que pretendiam poupar. Tal comportamento relaciona-se também ao viés de curto prazo (*short-term bias*), segundo o qual as pessoas tendem a enfatizar os resultados imediatos, negligenciando o desenvolvimento do problema durante todo o período.³⁶

A noção de interesse próprio, além disso, também é limitada (*bounded self-interest*), na medida em que nem sempre corresponde diretamente ao bem-estar e interesse individuais (e sua maximização). Pelo contrário, as preferências dos indivíduos são formadas também em concordância com normas que, muitas vezes, são socialmente construídas e, às vezes, evolutivamente adaptativas.³⁷ Essa é a razão pela qual a teoria da escolha racional falha, por exemplo, em explicar decisões que levam em consideração aspectos como justiça e injustiça.³⁸

Importa ressaltar, nesse ponto, que a ideia de racionalidade limitada não pretende defender a irracionalidade do homem, mas tão somente mostrar a deficiência da teoria da escolha racional, para que leve em consideração os vieses cognitivos sistemáticos e previsíveis do comportamento humano.³⁹ Como explica Kahneman, a pesquisa comportamental não demonstra que as escolhas são necessariamente irracionais, mas apenas que os humanos não são bem descritos pelo modelo de agente racional.⁴⁰

Assim, a adoção da presunção de racionalidade de forma automática, sem considerar as suas falhas descritivas e preditivas, pode ocasionar sérias distorções na análise jurídica. Essa questão é ainda mais preocupante quando se verifica que a escolha racional é, na maioria das vezes, aplicada como uma premissa implícita.⁴¹

Pode ser citada, por exemplo, a previsão, adotada a partir do senso comum, de que, se não houver punição para alguma infração, ou se esta não for suficientemente severa, as pessoas tendem

³⁵ Op. cit. REEVES & STUCKE, 2011, p. 1479

³⁶ HEINEMANN, Andreas. *Behavior Antitrust: A “More Realistic Approach” to Competition Law*. October 17, 2014. Klaus Mathis (ed.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, 2015, p. 216

³⁷ Op. cit. KOROBKIN & ULEN, p. 1070.

³⁸ Essa falha pode ser evidenciada pelo *ultimatum bargaining game*, um experimento no qual duas pessoas interagem anonimamente para dividir uma quantia de dinheiro, sendo que um dos jogadores decide como será feita a divisão do dinheiro e o outro aceita ou rejeita a proposta. Se o segundo jogador aceitar, ambos jogadores ganham a quantia determinada pelo primeiro deles, mas se ele rejeitar, nenhum dos dois ganha qualquer quantia. A *rational choice theory* prevê que o primeiro jogador tenderá a atribuir mais dinheiro para si e que o segundo jogador aceitará a divisão estipulada mesmo que seja desigual, visto que, de toda forma, terá mais dinheiro do que tinha antes do jogo. Esse estudo foi realizado em mais de 140 países e entre grupos de diferentes contextos, idades, religiões e culturas. No entanto, o resultado mais comum foi a divisão do dinheiro de forma igual (50% para cada). Ainda, verificou-se que quando o primeiro jogador atribuía a si mais de 70% da quantia, o segundo jogador rejeitava a proposta e ambos ficavam sem nada (op. cit. COOTER & ULEN, p. 50-51). O *ultimatum bargaining game* ilustra, assim, que os indivíduos nem sempre agem da forma que lhes beneficie diretamente, rejeitando, por exemplo, uma oferta devido à noção de justiça.

³⁹ Op. cit. PARISI & SMITH, p. 295.

⁴⁰ Op. cit. KAHNEMAN, p. 514: “Eu costumo me encolher todo quando dizem que o meu trabalho com Amos demonstra que as escolhas humanas são irracionais, quando na verdade nossa pesquisa apenas mostrou que os Humanos não são bem descritos pelo modelo de agente racional”.

⁴¹ “Such thick versions of rational choice theory dominate the law-and-economics literature, although the assumption is almost always implicit rather than explicit.” Op. cit. KOROBKIN & ULEN, p. 1065.

a cometê-la. Tal presunção, criada pela aplicação da teoria econômica à esfera criminal,⁴² pressupõe que os agentes empenham-se em análise dos custos e benefícios da ilicitude, contrapondo a utilidade de cometer o ilícito à utilidade de empregar o mesmo tempo e recursos em atividades legais. No entanto, tal modelo não correspondeu à realidade verificada em pesquisas com criminosos de colarinho branco que, em geral, não realizavam análise aprofundada de benefícios e consequências de seus atos.⁴³

Ora, as premissas sob discussão influenciam decisivamente a elaboração de políticas públicas para evitar ou diminuir a prática de infrações em geral, inclusive as que violam a ordem econômica. As distorções da escolha racional ainda impactam na análise tanto do comportamento individual, quanto do empresarial, visto que evidências empíricas demonstram que firmas também são sujeitas a vieses cognitivos.⁴⁴ No âmbito específico do Direito Concorrencial, é fundamental que sejam explorados mais a fundo alguns vieses comportamentais específicos e seus possíveis impactos na análise antitruste. Adianta-se, desde já, que as limitações e vieses cognitivos dos consumidores afetam muitas definições e presunções da análise em casos específicos.⁴⁵ A título de exemplo, há evidências empíricas que demonstram que esquemas de descontos exercem um efeito atrativo que aumenta o seu potencial lesivo além do esperado pelas previsões da teoria econômica.⁴⁶

Entretanto, para efeitos do presente artigo, o foco das preocupações serão as questões mais gerais relacionadas à delimitação do mercado relevante e à análise de entradas de novos concorrentes, como se passará a demonstrar.

2.1 Os impactos dos vieses comportamentais na delimitação do mercado relevante

Considerando que a presunção de racionalidade pode afastar a análise antitruste da realidade sob diferentes aspectos, o presente artigo pretende endereçar, de forma mais específica, as distorções relacionadas à descrição ou à previsão do comportamento dos consumidores, a partir dos vieses que geram mais impactos nesta questão específica.⁴⁷

Um deles é o efeito do enquadramento (*framing effect*), isto é, a concepção de que as diferentes formas como um problema é apresentado podem levar a diversas escolhas.⁴⁸ Nesse sentido, estudos demonstram que rotular a carne como 75% magra resulta em avaliações dos consumidores mais favoráveis do que quando o rótulo diz 25% de gordura, especialmente antes de

⁴² Sobre o assunto, confira-se: BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, 1974, p. 1-54.

⁴³ É interessante pontuar que a pesquisa foi feita no âmbito de crimes com motivação essencialmente econômica, de modo que, supostamente, os agentes agiriam de forma racional, e não passional. No entanto, Soltes conclui que muitas vezes a decisão se embasa em intuições, e não em um cálculo racional deliberado. Até quando se pensamos estar fazendo essa análise, nós estamos, em verdade, procurando elementos para embasar um julgamento anterior intuitivo. SOLTES, Eugene. *Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal*. New York: Public Affairs, 2016. First Edition. p. 78-79)

⁴⁴ Confira-se: ARMSTRONG, Mark and STEFFEN, Huck. *Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer*. *Competition Policy International*, Vol.6(1), 2010, pp. 3-45. Para uma análise da economia comportamental aplicada a empresas no contexto antitruste, ver: LESLIE, Christopher. *Rationality Analysis in Antitrust*. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, n. 2, January 2010.

⁴⁵ Para uma análise mais aprofundada de como a economia comportamental afeta as presunções gerais adotadas no Direito Concorrencial, confira: Op. cit. REEVES & STUCKE, 2011.

⁴⁶ BECKENKAMP, Martin & MAIER-RIGAUD, Frank P. *An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes*, *Competition Law Review* (Special Issue), 1, 2006.

⁴⁷ Para uma abordagem extensa dos vieses identificados pela economia comportamental confira: THALER, Richard. *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. W W Norton & Co, New York, 2015.

⁴⁸ Para mais informações sobre o enquadramento: TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel. *Rational Choice and the Framing of Decisions*, In *Decision Making: Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions*, ed. David E. Bell et al, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, 167-192.

prová-la.⁴⁹ Ou seja, a forma pela qual um produto é apresentado influencia diretamente a decisão dos consumidores para comprá-lo, embora as qualificações de outros produtos sejam as mesmas.

Outro viés que impacta os consumidores é o excesso de confiança (*overconfidence bias*). Há quantidade robusta de evidências empíricas demonstrando que os indivíduos frequentemente subestimam importantes riscos, o que afeta substancialmente o mercado de seguros, por exemplo.⁵⁰

Os indivíduos, ademais, ao contrário do pressuposto da teoria da escolha racional de que ações passadas irreversíveis não devem ser consideradas na tomada de decisões futuras, frequentemente citam os chamados custos afundados (“*sunk costs*”) como a razão para a escolha de determinada ação.⁵¹ Nesse sentido, estudos indicam que é mais provável que pessoas que pagaram por um ingresso compareçam a um determinado espetáculo do que se o receberem de graça, seguindo o pensamento de que o dinheiro investido na compra seria desperdiçado caso não fossem ao evento.⁵² Tal justificativa, no entanto, é incompatível com a escolha racional, visto que, uma vez que o dinheiro já foi gasto, o custo afundado não deveria influenciar nas opções futuras do indivíduo.

Há, também, o efeito de ancoragem (*anchor effect*), que ocorre quando um valor particular é considerado para uma quantidade desconhecida antes que esta seja estimada, ainda que o valor em si não tenha qualquer relação com o que se quer estimar. Assim, qualquer número que seja apresentado para uma pessoa como uma solução possível, ainda que implícita, para um problema de estimativa, induzirá um efeito de ancoragem.⁵³ Por exemplo, uma série de estudos demonstrou que juízes são significativamente influenciados no cálculo de sentenças prisionais pelas demandas dos promotores, sejam elas relevantes ou não.⁵⁴ A influência persistiu mesmo com números sabidamente irrelevantes, em que os próprios juízes participantes determinaram na simulação qual seria a demanda do promotor jogando um dado.⁵⁵

Esse efeito, em particular, tem especial impacto sobre como os consumidores enxergam a precificação de produtos. Ariely explica que a ancoragem acontece por uma série de fatores, como pelos preços sugeridos estampados nos produtos, anúncios, promoções e introduções de novos produtos.⁵⁶ Além de sujeitos aos seus próprios limites e vieses cognitivos, os seres humanos também estão sujeitos a diversos tipos de influências externas que impactam em suas decisões e podem, ainda, serem moldadas para direcionar o comportamento de uma determinada maneira.⁵⁷

⁴⁹ LEVIN, Irwin P. and GAETH, Gary J. *How Consumers Are Affected by the Framing of Attribute Information Before and After Consuming the Product*, Journal of Consumer Research, 15 (December), 1988, 374-378.

⁵⁰ SANDRONI, Alvaro & SQUINTANI, Francesco. *Overconfidence, Insurance and Paternalism*. The American Economic Review, Vol. 97, n. 5, December 2007, pp. 1994-2004.

⁵¹ Op. cit. KOROBKIN & ULEN, p. 1124.

⁵² *Id.*, pp. 1073-1074.

⁵³ Op. cit. KAHNEMAN, Parte 2, Cap. 11. Um dos exemplos citados pelo autor que ajuda a ilustrar o efeito da ancoragem é uma pesquisa na qual, após expor as pessoas a números aleatórios, no caso 10 e 65, era pedido que cada um apresentasse sua estimativa para a porcentagem de nações africanas na ONU. Como os números eram gerados de forma supostamente aleatória (os participantes do experimento não sabiam que a roleta havia sido adulterada), esses deveriam ter sido ignorados na construção da estimativa, o que, não obstante, não ocorreu. As estimativas médias dos que viram 10 e 65 foram 25% e 45%, respectivamente.

⁵⁴ Confira-se: ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; & STRACK, Fritz. *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*. Personality And Social Psychology Bulletin, Vol. 32 No. 2, February 2006, pp. 188-200.

⁵⁵ *Id.*, p. 197: “Our final two studies went even further to ensure that sentencing demands were clearly irrelevant. Using a set of loaded dice, in Studies 3 and 4 our participants randomly determined the sentencing demands of the prosecutor themselves. Even though this procedure ensured that our participants were aware of the irrelevance of the sentencing demands, their sentencing decisions were dramatically influenced by them.”

⁵⁶ Op. cit. ARIELY, p. 45.

⁵⁷ Sobre esse ponto, confira-se a ideia de *nudge*: “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not.” (THALER,

A Escola de Chicago, no entanto, rejeita que os consumidores possam agir de forma irracional e sejam manipuláveis, visto que isso seria incompatível com as premissas da chamada teoria do preço,⁵⁸ ou seja, com a determinação do preço pela lei da oferta e da demanda.

Ariely, no entanto, questiona essa concepção.⁵⁹ Todos os fatores citados acima, que geram a ancoragem de preços para os consumidores, são fornecidos pelo lado da oferta, e não da demanda. Parece, então, que, na verdade, são os próprios preços de mercado que influenciam a disposição dos consumidores de pagá-los. O que isto significa é que a demanda não é, de fato, uma força completamente separada da oferta. Ao contrário, conclui o autor que a sensibilidade às mudanças de preços pode ser relacionada à memória dos consumidores e ao seu desejo de manter a coerência com decisões passadas – de modo algum um reflexo do nível de demanda.⁶⁰

Em um exame mais pontual, tal constatação impacta também a delimitação de mercado relevante na análise concorrencial, já que este é identificado a partir do exame da substituíbilidade dos produtos ou serviços envolvidos, a fim de se saber em que medida os consumidores poderiam desviar sua demanda para produtos substituíveis caso houvesse aumento de preços.⁶¹

Conforme observa Heinemann, a própria definição de mercado relevante refere-se ao comportamento dos consumidores verificado na realidade, e não o previsto pelas presunções da economia tradicional de como os agentes deveriam se comportar.⁶² Desse modo, se os consumidores estão sujeitos a vieses que reduzem sua habilidade ou vontade de acessar informações e agir de acordo com elas, então, mercados relevantes podem ser mais restritos do que seriam com consumidores plenamente racionais e informados.⁶³

Interessante exemplo nesse sentido é o ato de concentração envolvendo o *Whole Foods*, uma rede de supermercados estadunidense. O impasse estava na identificação de mercado relevante proposta pela FTC (*Federal Trade Commission*), que consistia na existência de um “submercado” composto pelos PNOS (mercados especializados em produtos *premium*, naturais e orgânicos), de modo que consumidores continuariam a comprar nestes, a despeito de aumentos de preços. Em 2009, foi firmado um acordo no qual o *Whole Foods* concordou em desinvestir o nome da marca do PNO adquirido, juntamente com 32 lojas da companhia.⁶⁴

Analisando o caso, Tate explica que, ainda que consumidores marginais sejam sensíveis às alterações de preços em PNOS e mudem para mercados comuns, há situações nas quais consumidores apresentam curvas de demanda inelásticas devido aos seus próprios vieses e preferências.⁶⁵ Esses submercados, assim, seriam criados quando há diferenciação suficiente para tornar o produto um recurso limitado, desejado pelos consumidores sujeitos à demanda inelástica em razão dos seus vieses. O submercado pode, ainda, tornar-se um monopólio quando se chega ao ponto no qual é possível subir os preços e aumentar a lucratividade.⁶⁶

É evidente, assim, o quanto que a lealdade a uma marca ou até mesmo a uma filosofia de vida associada a um produto influencia na noção de insubstituibilidade sob a perspectiva dos consumidores. No entanto, a análise antitruste é frequentemente incapaz de levar em conta o poder

Richard & SUSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press, 2008, p. 6)

⁵⁸ “The underlying assumption is that consumers are irrational and manipulable, and the Chicago theorist rejects this assumption as inconsistent with the premises of price theory.” (Op. cit., POSNER, 1979, p. 930)

⁵⁹ Op. cit. ARIELY, p. 45-46.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Op. cit. FRAZÃO, 2017, p. 139-140

⁶² Op. cit. HEINEMANN, p. 219.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ ESTADOS UNIDOS, FTC, FTC v. Whole Foods Market, Inc. and Wild Oats Markets, Inc, 2009. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0710114/whole-foods-market-inc-wild-oats-markets-inc> (Acesso em julho de 2019)

⁶⁵ Op. cit. TATE, p. 265.

⁶⁶ *Idem*.

das marcas na delimitação de mercados relevantes.⁶⁷ Isto pode ser explicado pela já vista definição de escolha racional usualmente adotada no Direito Concorrencial, qual seja, a de maximização de bem-estar econômico, de modo que a análise acaba por dar um enfoque excessivo ao preço dos produtos. Assim, teóricos da Escola de Chicago constantemente rejeitam a influência de marcas na decisão de consumidores por ser incompatível com a teoria do preço.⁶⁸ Em outras palavras, a Escola de Chicago não somente se baseia em um padrão de racionalidade inexistente, como ainda procura restringir esse padrão de racionalidade, vinculando-o prioritariamente ao preço.

Na verdade, o uso da marca, especialmente quando associado às estratégias de marketing, tem, em muitos casos, o objetivo de criar, no mercado consumidor, necessidades inexistentes ou de associar pessoas a determinado grupo ou conjunto de valores ou diferenciais. Assim, a satisfação do consumidor com a fruição do bem ou serviço em si pode ser o aspecto menos importante desta equação. Por essa razão, o efeito de marca está sujeito a uma infinidade de vieses, dentre os quais o comportamento de manada e o viés de grupo.⁶⁹ Isto pode ser especialmente importante na análise antitruste de produtos cuja qualidade não é facilmente mensurável pelos consumidores (*credence goods*). Nesse sentido, há um estudo no qual mecanismos de busca na Internet exatamente idênticos, porém rotulados como de marcas distintas, receberam uma diferença de 25% na sua classificação pelos participantes,⁷⁰ o que deixa claro que a própria quantidade de informações e de opções de escolha também influenciam a forma como o consumidor toma suas decisões.⁷¹

Além disso, as próprias metodologias de delimitação do mercado relevante, como o “teste do monopolista hipotético”, ou teste SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*) são influenciadas por vieses comportamentais. Consumidores podem reagir de forma mais expressiva a um aumento no preço de um produto do que a uma diminuição do preço das opções alternativas. O enquadramento das perguntas do teste, assim, pode acarretar uma definição do mercado relevante mais ampla, subestimando, por conseguinte, o poder de mercado e a lesividade de condutas.⁷²

Verifica-se, assim, que o ponto de referência do enquadramento da pergunta ou da situação é essencial para como ela é percebida, provocando reações distintas. Pesquisas demonstram que as pessoas são mais resistentes a cenários vistos como perdas, tais quais aumentos de preços, ao passo que são mais tolerantes a situações enquadradas como perdas de um ganho, tais quais eliminações de descontos ou promoções.⁷³ Ao invés de provocar a indignação do consumidor aumentando os preços, as empresas podem cancelar ou reduzir os níveis de desconto, enfrentando menos resistência dos consumidores.⁷⁴

Dessa forma, pode ser que um teste SSNIP que enquadre as perguntas no aumento de preços, como é usual, indique uma suposta migração de consumo que justifique uma delimitação de um mercado relevante que não é condizente com a realidade. Isto porque a empresa pode conseguir o mesmo efeito de um produto final mais caro através de estratégias que se aproveitem

⁶⁷ Sobre o assunto, confira-se: DESAI, Denver & WALLER, Spencer. *Brands, Competition and the Law*. Brigham Young University Law Review, 2010, pp. 1425-1471.

⁶⁸ Nesse sentido, *id.*, p. 1425: “Other commentators have glimpsed the importance of brands but similarly had little effect on modern antitrust law and policy on this issue. For example, Joe Bain had important insights into the importance of advertising for competition policy. Bain, however, did not move beyond advertising into the broader concept of the brand, and much of his work on advertising and his broader interest in the structure of markets has been rejected by price theory and other “Chicago School” approaches to competition policy.”

⁶⁹ Op. cit. TATE, pp. 266-267.

⁷⁰ POLLOCK, Rufus. *Is Google the Next Microsoft: Competition, Welfare and Regulation in Online Search*. Review of Network Economics: Vol. 9: Issue 4, Article 4, 2010, p. 18.

⁷¹ Veja: MALHOTRA, Naresh. *Information Load and Consumer Decision Making*. Journal of Consumption Research, February 1982.

⁷² Op. cit. HEINEMANN, p. 220.

⁷³ KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack & THALER, Richard. *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*. The American Economic Review, Vol. 76, n. 4, 1986, p. 732.

⁷⁴ OECD. *Hearing on Competition and Behavioural Economics, Note by Maurice Stucke*. 25/07/2012, p. 9.

dos vieses comportamentais e não causem a migração do consumo. É possível, assim, que a autoridade antitruste autorize um ato de concentração com a presunção equivocada de que a entidade final não terá poder de mercado suficiente para aumentar os preços, quando, na verdade, haja na prática um aumento do seu ganho econômico sem que os consumidores migrem. A forma como as perguntas do teste SSNIP são formuladas podem modificar o seu resultado e, por conseguinte, a decisão concorrencial que seria tomada em um determinado caso.

Não obstante, segundo a teoria econômica neoclássica, a maneira pela qual as autoridades concorrenciais enquadram as perguntas não afeta os dados do teste SSNIP.⁷⁵ A persistência nesta crença do *mainstream*, portanto, pode causar distorções significativas na delimitação do mercado relevante e, conseqüentemente, na análise antitruste como um todo.

2.2 Os impactos dos vieses comportamentais na presunção de entrada adotada na análise concorrencial

Além do mercado relevante, a economia comportamental influencia também algumas das presunções geralmente adotadas pelo Direito Concorrencial, como a de que menores barreiras à entrada tornam menos provável o abuso de posição dominante ou da posição adquirida após a concentração.⁷⁶

Tal premissa já é fortemente idealizada, pois pressupõe a existência de agentes com recursos materiais e interesse para investir em determinados mercados sempre que as condições forem favoráveis. Não obstante, tal orientação, além de não considerar os incentivos reais à entrada, também presume (i) a racionalidade de possíveis entrantes, que possam decidir entrar no mercado para obter uma parcela dos ganhos do abusador; (ii) a racionalidade dos consumidores, que, diante de um entrante com preços menores ou produtos melhores, decidam rapidamente migrar seu consumo; e (iii) a racionalidade do potencial abusador, que, prevendo a possível nova entrada, decida não abusar de sua posição.

Em relação ao primeiro ponto, Reeves e Stucke explicam que a literatura comportamental identifica dois tipos de erro em que incidem os agentes econômicos: (i) o excesso de entrada, isto é, quando optam pela entrada mas esta falha porque é economicamente irracional; e (ii) a escassez de entrada, ou seja, quando não optam pela entrada em razão de decisão irracional. Ambas as categorias de erro de entrada no mercado podem indicar como as suposições da lei antitruste sobre a entrada são imperfeitas.⁷⁷

Quanto ao excesso de entrada, Avishalom Tor explora a irracionalidade no comportamento de novos entrantes em alguns setores nos quais há alta taxa de falência e baixa rentabilidade de novas empresas. Este comportamento pode ser justificado pelo viés do excesso de confiança, de modo que entrantes superestimam suas chances de sucesso em mercados nos quais

⁷⁵ “According to neoclassical economic theory, the way in which competition authorities frame the choice should not affect survey data on a SSNIP test. However, the behavioural economics literature suggests that the way in which an issue is framed does matter.” (OECD. *Summary of the discussion on Behavioral Economics*. Annex to the Summary Record of the 115th Meeting of the Competition Committee held on 13-14 June 2012, p. 7.)

⁷⁶ Nesse sentido, a posição da Comissão Europeia: “Uma empresa pode ser dissuadida de aumentar os preços se uma expansão ou entrada de um novo operador for provável, susceptível de se produzir rapidamente e for suficiente. Para que a Comissão considere uma expansão ou entrada como provável esta tem de ser suficientemente lucrativa para o concorrente ou para o novo operador, tendo em consideração fatores como as barreiras à expansão ou à entrada, as reações prováveis da empresa alegadamente em posição dominante e dos outros concorrentes e os riscos e custos de fracasso. Para que a expansão ou a entrada seja considerada atempada tem de ser suficientemente rápida para dissuadir ou impedir o exercício de um poder de mercado significativo.” (COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, para. 16)

⁷⁷ Op. cit., REEVES & STUCKE, pp. 1556-1557.

há muita entrada, desconsiderando as elevadas taxas de saída. Ademais, o autor indica que as pressões competitivas nem sempre selecionam e promovem as *startups* mais qualificadas.⁷⁸

Ressalta-se, contudo, que a entrada neste caso não é significativa, na medida em que o percentual de falência também é muito elevado, de modo que, em termos líquidos, considerando-se a saída de empresas do mercado, a entrada na verdade é baixa.⁷⁹ Logo, o termo “excesso” de entrada é utilizado pelos autores para designar situação em que a entrada é excessiva se considerada a alta taxa de insucesso desses entrantes.

Ainda, apesar de a entrada ocorrer, os resultados de estudos sugerem que a maioria dos entrantes simplesmente substitui seus precedentes em vez de diminuir a participação de mercado dos incumbentes.⁸⁰ Resta evidente, portanto, o equívoco da presunção do *mainstream* de que menores barreiras à entrada tornam menos provável o abuso de posição dominante. Ao contrário, mesmo em mercados nos quais há tradicionalmente muita entrada, esta é contrabalanceada pelas altas taxa de insucesso e não é suficiente para interferir no poder de mercado das empresas dominantes.

Por outro lado, na escassez de entrada, esta não ocorre mesmo quando seria economicamente racional. Assim, empresas podem cobrar um preço supracompetitivo mesmo em mercados com baixas barreiras de entrada.⁸¹ As duas explicações da economia comportamental para a falta de entrantes são que (i) os indivíduos não reagem a riscos ou incertezas como um maximizador racional de lucros; e (ii) o outro lado do viés de excesso de confiança indica que, embora as pessoas tenham excesso de confiança em tarefas fáceis, elas se classificam bem abaixo da média em tarefas difíceis. Nesse sentido, Reeves & Stucke pontuam que as taxas de entrada, em um experimento comportamental, diferiram dramaticamente em tarefas difíceis e simples. Baseando a entrada em grande parte em seu julgamento míope, os participantes não conseguiram ver oportunidades lucrativas onde existia menos concorrência.⁸²

Por fim, tais presunções ainda precisariam ser devidamente contextualizadas diante dos incentivos concretos para o investimento, pois decorrem da crença comum ao *mainstream* econômico de que, havendo dinheiro para investir, ele será investido. Entretanto, estudos recentes vêm mostrando que, na atualidade, mesmo tendo muito dinheiro para investir, as empresas simplesmente não o estão fazendo.⁸³

Já a presunção de potencial mudança dos consumidores para o produto do entrante é no mínimo questionável quando considerados os já explorados vieses de enquadramento e de ancoragem, bem como os efeitos de marca. Como se não bastasse, o efeito placebo gera a percepção inconsciente de que preços mais elevados estão associados a maior qualidade e aumento de bem-estar, mesmo quando, na verdade, trata-se dos mesmos produtos.⁸⁴ Desse modo, ainda que entrantes ofertem um preço mais baixo, nem sempre conseguirão capturar o consumo, o que afeta tanto a

⁷⁸ TOR, Avishalom. *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy*. Michigan Law Review, Vol. 101, Nov. 2002, pp. 482-568.

⁷⁹ “In fact, high-volume exit accompanies the high volume of entry in most industries, such that the two phenomena are strongly correlated, and result in little net entry”. (*Id.*, pp. 490-491)

⁸⁰ “These findings of high mortality and low penetration also suggest that most entrants simply displace preceding ones rather than diminish the market share of incumbents, leading scholars to term post-entry competition as turbulence, churning, or a revolving door phenomenon.” (*Id.*, pp. 491-492)

⁸¹ *Op. cit.* REEVES & STUCKE, p. 1558.

⁸² *Id.*, p. 1559: “So rates of entry, in one behavioral experiment, differed dramatically for difficult and simple tasks. In the experiment, participants over-entered when the quiz was simple (sixty-nine percent of the time), but entered less often on rounds when the quiz was difficult (thirty-nine percent of the time), even though they stood to profit in entering the difficult rounds. There was no evidence that the university students learned to avoid these mistakes over twelve rounds. In basing entry largely on their myopic judgment, the participants failed to see profitable opportunities where less competition existed”.

⁸³ Nesse sentido, confira-se: BOUSHEY, Heather. *Unbound: How inequality constricts our economy and what we can do about it*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, pp. 123-124.

⁸⁴ Confira-se sobre a aplicação do efeito placebo ao poder do preço: *op. cit.* ARIELY, pp. 173-186.

possível pressão competitiva exercida nos agentes estabelecidos no mercado, quanto as próprias chances de consolidação do novo *player*.

Em relação ao último ponto, também é questionável a previsão de que o abusador, prevendo a possibilidade de entrada, decida não fazê-lo. Como visto, empresas também estão sujeitas a vieses comportamentais, de modo que o excesso de confiança e o viés de curto-prazo tornam duvidoso que o detentor da posição dominante opte pelo não abuso em razão da mera possibilidade ou mesmo probabilidade de entrantes. Na verdade, a própria ideia de racionalidade limitada parece contestar que o agente empreenda toda essa análise complexa e probabilística antes de tomar decisões que possam ter um efeito anticompetitivo.

Consequentemente, diante da indiscutível importância da análise da existência ou não de barreiras à entrada, é fundamental que sejam sopesadas as contribuições da economia comportamental para evitar que a lesividade ou a potencialidade de condutas com efeitos negativos à concorrência sejam subestimadas.

3 BEHAVIORAL ANTITRUST: DE QUE FORMA A ECONOMIA COMPORTAMENTAL PODE SER APLICADA NA ANÁLISE CONCORRENCIAL?

Com base em várias das descobertas já destacadas no capítulo anterior, desenvolveu-se a ideia de uma economia comportamental, cujo objetivo fosse fortalecer a capacidade preditiva e analítica do fenômeno econômico a partir da concepção de que o comportamento humano, apesar de distante dos padrões de racionalidade, é sistemático e pode ser modelado.⁸⁵

Foi a partir da ideia de aplicar as descobertas deste campo ao Direito Concorrencial que surgiu a corrente chamada de *Behavioral Antitrust*,⁸⁶ cuja proposta é revelar como o julgamento e decisões de atores reais tendem a se desviar, sistemática e previsivelmente, da racionalidade estrita que a análise concorrencial comumente assume.⁸⁷ Nesse sentido, foram desenvolvidos diversos trabalhos que evidenciam como os players relevantes – empresas,⁸⁸ consumidores,⁸⁹ agências regulatórias e até os próprios órgãos antitrustes⁹⁰ – estão também sujeitos aos limites e vieses cognitivos mapeados pela economia comportamental, causando distorções como as vistas na seção anterior.

⁸⁵ Op. cit. JOLLS, SUNSTEIN & THALER, p. 1475.

⁸⁶ Huffman faz um breve histórico sobre o desenvolvimento do *Behavioral Antitrust*: “Avishalom Tor was the earliest student of behavioralist teachings in antitrust. Tor’s writings in the area began with *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline and Legal Policy*. He stated a more general theory in *A Behavioral Approach to Antitrust Law and Economics*,” and, with William Rinner, discussed the application of *Behavioral Antitrust to resale price maintenance in Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason After Leegin*. Oren Bar-Gill demonstrated in 2005 that the bounds behavioralists recognize on consumer decision making may have policy implications for antitrust rules governing tying and bundling.” Maurice Stucke more recently has argued - in articles, including *Morality and Antitrust, Behavioral Economists at the Gate*,” and *Behavioral Antitrust (with Amanda Reeves) - about the inevitability of courts’ rethinking antitrust law in light of knowledge of human conduct in the economic marketplace*.” (HUFFMAN, Max. *Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 120-121)

⁸⁷ TOR, Avishalom. *Understanding Behavioral Antitrust*. *Texas Law Review*. Vol. 92. 2013, p. 575.

⁸⁸ Um dos exemplos de condutas empresariais que podem fugir ao previsto pela *rational choice theory* é a constatação de que firmas podem praticar preços predatórios quando não seria racional fazê-lo: BOLTON, Patrick and BRODLEY, Joseph F. and Riordan, Michael H., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. *Georgetown Law Review*, August 2000. Ver também: Op. cit. REEVES & STUCKE, p. 1550-1553

⁸⁹ Para uma análise de como o comportamento dos consumidores pode impactar nas políticas concorrenciais, veja: GANS, Joshua. *Protecting consumers by protecting competition: Does behavioural economics support this contention?* *Competition & Consumer Law Journal*, Vol 13, 2005.

⁹⁰ Sobre a sujeição de agências reguladoras à racionalidade limitada e o seu impacto nas políticas elaboradas, bem como sugestão de designs que possam mitigar esse vieses: COOPER, James C.; KOVACIC, William E.. *Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making*. *Journal of Law, Economics & Policy*. Vol. 8, n. 4, 2012.

Dessa forma, sem pretensão de esgotar o tema, o presente capítulo pretende perquirir a forma pela qual a economia comportamental pode ser incorporada à análise antitruste. Para tanto, inicialmente será feita uma análise das críticas ao *Behavioral Antitrust*, bem como das respostas de seus defensores. Em seguida, serão tecidas breves considerações sobre os riscos de simplificações e de predições nas teorias econômicas. Por fim, propõe-se algumas alternativas para a referida incorporação das perspectivas comportamentais ao Direito Concorrencial.

3.1 As críticas ao *Behavioral Antitrust* e as respostas de seus defensores

O modo de aplicação da economia comportamental na análise antitruste e a reflexão sobre a sua utilidade para o Direito Concorrencial têm sido alvo de diversas divergências, que, no geral, são as mesmas endereçadas à sua utilização na análise jurídica como um todo.⁹¹

A crítica geral é a de que o *Behavioral Antitrust*, embora tenha trazido apontamentos importantes, não foi capaz de gerar uma teoria apropriada à análise antitruste, ao contrário da escolha racional.⁹² Aponta-se que a natureza essencialmente empírica da economia comportamental não gera princípios gerais ou postulados universais a partir do observado, enquanto que a análise econômica neoclássica, ao revés, geraria previsões para informar a análise antitruste na ausência da evidência suficiente, sem que houvesse uma distorção tão grande em relação à realidade, dado que, quando evidências concretas são observáveis, os fatos suplantariam a teoria.⁹³

Como bem resume Leslie, as principais polêmicas relacionadas ao *Behavioral Antitrust* podem ser divididas em duas grandes críticas: (i) a ausência de capacidade preditiva e (ii) a desconsideração do poder autocorretivo do mercado, que eliminaria comportamentos desviantes da teoria da escolha racional.⁹⁴

No que diz respeito à primeira crítica, verdade seja dita que ela também serviria perfeitamente para a teoria da escolha racional, que, apesar da sua pretensão de universalidade, também falha em atingir este propósito devido à sua falta de correspondência com pessoas reais. Assim, é complicado pretender desmerecer a economia comportamental partindo da premissa de que a função mais importante da teoria econômica seria gerar postulados universais. Afinal, tal objetivo só pode ser alcançável ao preço do equívoco e da distância da realidade.

Por outro lado, ao assim propor, a crítica desconsidera que a economia comportamental tem lastro empírico muito mais consistente do que a teoria da escolha racional, cuja elegância e consistência teórica decorrem exclusivamente da sua idealização e do seu caráter normativo e não explicativo. E nem se afirme que a teoria da escolha racional cederia diante de evidências em sentido contrário, pois não é isso que vem ocorrendo.

De fato, em recente obra, Aldred alerta para o fato de que, apesar das supostas cientificidade e base empírica que amparariam o *mainstream* econômico, quando este se depara com o abismo entre a teoria e o mundo real, opta por mudar o mundo ao invés de mudar a teoria,⁹⁵

⁹¹ Confirma-se o artigo de Posner, escrito em resposta a Jolls, Sustain & Thaler (op. cit.): POSNER, Richard. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998.

⁹² Nesse sentido: “To fulfill its promise of providing greater predictive power to both law and economics and to antitrust, behavioral economics must begin by demonstrating it can provide testable implications and that these implications may yield a more robust and accurate account of both firm and consumer behavior. Until then, we must maintain our observation as to the tentative irrelevance of behavioral economics in antitrust.” (WRIGHT, Joshua D; STONE, Judd E. *Misbehavioral Economics: The Case against Behavioral Antitrust*. Cardozo Law Review, Vol. 33, 2012, p. 1553)

⁹³ Op. cit. DEVLIN & JACOBS, p. 1046-1047.

⁹⁴ LESLIE, Christopher R. *Can Antitrust Law Incorporate Insights from Behavioral Economics*, Texas Law Review See Also, Vol. 92, 2013, p. 58

⁹⁵ ALDRED, Jonathan. *License to be Bad. How Economics Corrupted Us*. UK: Allen Lane/Penguin Books, 2019, p. 11.

afirmação que é particularmente verdadeira para a escolha racional e para a sua aplicação ao Direito Concorrencial.⁹⁶ O *Behavioral Antitrust*, assim, pode oferecer caminhos para uma análise mais condizente com a realidade.⁹⁷

A crítica também mostra uma excessiva valorização da capacidade preditiva da teoria econômica, motivo pelo qual muitos autores optam pela escolha racional em detrimento da economia comportamental. Veja-se o caso de Devlin e Jacobs, segundo os quais a falta de uma teoria geral e compreensiva que estabeleça comportamentos previsíveis torna a economia comportamental sem valor prático para a análise concorrencial. Para os autores, a ausência de uma hierarquia ou metodologia que explique *ex ante* os poderes explicativos dos vieses comportamentais faria com que a escolha do viés a ser aplicado seja aleatória ou política.⁹⁸ Os autores, nesse sentido, demonstram como os vieses comportamentais, sem uma análise empírica, podem ser utilizados para justificar resultados opostos. Vieses conflitantes, assim, poderiam indicar tanto a insubstituibilidade, quanto a substituibilidade de produtos na definição do mercado relevante.⁹⁹

Em sentido similar, Moncuit entende que os vários vieses conflitantes tornam impossível saber o que um agente faria em qualquer situação, de modo que é difícil saber quais são os incentivos das empresas que infringem o Direito da Concorrência e, conseqüentemente, qual comportamento previsível será levado em consideração pelas autoridades antitruste para justificar um sistema de multas dissuasivo. Assim, o autor entende que, como os incentivos do “homem comportamental” para cumprir a lei dependem de vários vieses cognitivos, uma política de dissuasão baseada nesse modelo parece impraticável.¹⁰⁰

Sobre a celeuma, Huffman aponta que essa crítica dos vieses comportamentais conflitantes confunde a identificação de evidências fáticas com recomendações para amplas mudanças na política concorrencial.¹⁰¹ Tal advertência é fundamental pois não se sustenta, no

⁹⁶ “Courts use the rationality assumption to argue that some forms of unilateral and conspiratorial conduct are irrational and therefore must not have occurred. In many cases, the theory of rationality employed by the court is inconsistent with the actual facts of the case. This results in courts holding, as a matter of law, the conduct alleged by the plaintiffs did not happen despite the fact that the evidence in the case proves, as a matter of fact, the conduct did happen.” Op. cit. LESLIE, 2014, p. 55.

⁹⁷ KOROBIKIN & ULEN afirmam que a perda da universalidade é compensada pela maior utilidade: “What the law-and-behavioral-science approach gives up in parsimony and universality, relative to rational choice theory, will be compensated for by its increased usefulness in the task of developing situation-specific legal policy.” (p. 1075).

⁹⁸ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael Jacobs. *The Empty Promise of Behavioral Antitrust*. Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 37, 2014.

⁹⁹ Os autores demonstram que diferentes vieses comportamentais podem ser utilizados para prever tanto a insubstituibilidade de um determinado produto (*status quo bias, anchoring, post-purchase rationalization, framing effects, hyperbolic discounting, pessimism bias*) quanto a sua substituibilidade (*loss aversion, bandwagon effect, optimism bias, recency bias, impact of advertisement in consumer psychology*). A mesma análise também é feita pelos autores em relação ao quanto de entrada esperado no mercado (op. cit. DEVLIN & JACOBS, p. 1027-1037), em paralelo à seção III.2 deste artigo.

¹⁰⁰ MONCUIT, Godefroy de. *Relevance and shortcomings of behavioral economics in antitrust deterrence*. Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 00, N. 00, p. 9.

¹⁰¹ “The conflicting biases argument is the most difficult to confront head-on, because it goes to the heart of the predictability of deviations from rational choice theory. Take the entry argument from the 2002 Tor paper: if the traditional rule is that recoupment is unlikely in the presence of entry, leading to a de facto higher burden to bring a predation case, upsetting that traditional rule necessitates a reliable showing of the insufficiency of entry. The Devlin & Jacobs argument, and others like it, follows Wright & Stone in conflating evidentiary facts with recommendations for broad changes to policy. Tor did not argue that recoupment should not be required as an element of a predation claim, but that recoupment was possible even in the presence of entry. The reason does not depend on what way it is that observed entry fails to check monopoly pricing, but only on the fact that the entry is not sufficient, in terms of both scale and sustainability. The same general response holds for other theory-based critiques of behavioral arguments.” (HUFFMAN, Max. *A Look at Behavioral Antitrust from 2018*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, Jan. 2019, p. 7. <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/01/CPI-Huffman.pdf>. Acesso em 01/11/2019.)

presente artigo, que a economia comportamental seja utilizada *ex ante* para prever comportamentos independentemente da análise empírica. Pelo contrário, entende-se que as críticas de Devlin, Jacobs e Moncuit têm origem justamente nos erros do *mainstream* econômico que se aponta no tópico a seguir, quais sejam, a excessiva valorização da capacidade preditiva e a insistência na teoria a despeito do que evidenciam os fatos. Por essa razão, não se pretende incorrer nos mesmos erros por meio da utilização da economia comportamental.

Consequentemente, a orientação do presente artigo é mais consentânea com a lição de Tor, segundo o qual, apesar de alguns teóricos comportamentais cometerem o erro metodológico de confundir comportamentos concretos com presunções hipotéticas gerais, o *Behavioral Antitrust* apresenta grande valia precisamente em duas frentes: (i) na análise de evidência em casos concretos, responsabilizando condutas anticompetitivas, sejam ela racionais ou limitadamente racionais; e (ii) no desenho de leis antitrustes, tanto na avaliação da regra mais apropriada para o caso – regra da razão ou da ilicitude por objeto – quanto na promoção da concorrência.¹⁰²

Ainda sobre a questão do poder preditivo, é fácil entender parte das críticas à economia comportamental, pois ela retira os economistas da zona de conforto artificial que o modelo da escolha racional propiciou. Por essa razão, teóricos da economia comportamental – Jolls, Sunstein e Thaler – rebatem as críticas, sob o fundamento de que a pretensão de enquadrar todos os comportamentos sob a explicação da escolha racional leva ao mesmo problema de falta de previsibilidade de que é acusada a corrente *behaviorista*.¹⁰³ Afinal, se os comportamentos podem ser considerados, em última análise, como a eleição da melhor opção dentro das preferências, a teoria da escolha racional perde o seu poder preditivo de indicar qual conduta será adotada. Ademais, embora reconheçam a necessidade de maior pesquisa para que a teoria comportamental tenha mais completude, os autores reforçam que os vieses comportamentais identificados não são arbitrários e imprevisíveis, mas sim sistemáticos e podem ser modelados.¹⁰⁴

Na verdade, como se verá com mais profundidade na seção seguinte, hoje se questiona a extensão da capacidade preditiva da teoria econômica, de forma que a excessiva valorização ou mesmo idolatria desse aspecto, como se fosse o único referencial pelo qual uma teoria possa ser válida, não mais se justifica. Nesse sentido, Leslie pontua que uma teoria não precisa ser preditiva para ser útil, ressaltando, ademais, que a própria microeconomia em muitos casos concorrenciais não é nem preditiva, nem explanatória.¹⁰⁵ Outros autores, como Kelman, criticam ambas as análises, a econômica tradicional e a comportamental, por caírem em um dueto retórico, pois seriam essencialmente interpretativas, ao invés de verificáveis.¹⁰⁶

Já no que diz respeito ao poder autocorretivo do mercado, trata-se mais de uma crença do que propriamente de conclusão decorrente de observação empírica. Pelo contrário, evidências sugerem que empresas desviantes da racionalidade podem, ainda assim, permanecer no mercado,

¹⁰² Op. cit. TOR, 2013, p. 573-667.

¹⁰³ “*But this response has a major defect. It either makes rational choice theory incapable of generating predictions at all (because whatever happens can be said to have been a result of the relevant utility function, constructed ex post), or it converts rational choice theory into a primitive form of behavioral economics*” (JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman*, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998, p. 1606).

¹⁰⁴ *Id.*, p. 1599.

¹⁰⁵ No original: “*Second, for the purposes of using behavioral economics in antitrust analysis, the issue of predictability is something of a red herring. A theory does not have to be predictive in order to be useful. A theory can be simply explanatory and help us understand why observed conduct has taken place. For many types of observed antitrust violations, simple microeconomics is neither predictive nor explanatory. [...] Antitrust judges need not predict how boundedly rational individuals should perform in a particular situation. Neither do antitrust plaintiffs: they merely need to show that this defendant—whether rational, boundedly rational, or irrational—in fact engaged in anticompetitive conduct, regardless of whether that behavior conforms to a particular school of academic thought*” (Op. cit. LESLIE, 2013, p. 60-61).

¹⁰⁶ KELMAN, Mark. *Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler*. Stanford Law Review, Vol. 50, 1998.

da mesma forma que ineficiências econômicas.¹⁰⁷ Mais ainda, o poder autocorretivo assume que há empresas eficientes capazes de disciplinar as demais, o que é no mínimo questionável se considerado que os vieses comportamentais podem se estender a todos os agentes do mercado.¹⁰⁸

Desse modo, não há como ignorar a potencial utilidade do *Behavioral Antitrust* à análise concorrencial. Mais ainda, continuar com a aplicação acrítica da teoria da escolha racional no âmbito do Direito da Concorrência é negar a possibilidade de evolução e sofisticação da área, persistindo nas distorções vistas ao longo deste artigo.

3.2 Os riscos das simplificações e das predições das teorias econômicas: cuidados a serem observados na aplicação da economia comportamental

Cabe pontuar, brevemente, que o *mainstream* econômico vem sofrendo duras críticas à simplificação da realidade complexa e à crença inabalável nas previsões gerada pela teoria. Esta questão já foi pontuada tanto por autores do movimento pós-Chicago,¹⁰⁹ quanto por autores favoráveis à incorporação de *insights* da economia comportamental ao Direito Concorrencial:

O legado de Bork é uma economia muito simplificada que frequentemente se apoia em suposições infundadas ou refutadas. No entanto, a própria simplicidade que torna vazias as descrições e suposições de Bork é o que faz com que sejam tão perigosamente atrativas para alguns. O modelo de Bork, contudo, não é apenas simples; é simplista.¹¹⁰

Embora esta não seja uma crítica nova, as publicações recentes continuam a aprofundar este debate e refletem um descontentamento cada vez mais profundo com a Escola de Chicago e o *mainstream* econômico que reflete várias de suas premissas, enfatizando que, apesar de todos os dados que a contrapõem, a arquitetura teórica central da economia continua a mesma.¹¹¹ Nesse sentido, uma frase de Stiglitz sobre o “*American dream*” fornece um paralelo interessante: “[w]e are so in love with our mythologized self-image that we insist upon its reality even when the facts scream otherwise”.¹¹²

Appelbaum, de forma similar, critica a ascensão dos economistas e o papel central que passaram a ter sobre os negócios e sobre o Estado entre 1969 e 2008. O autor refere-se a esses economistas como falsos profetas, na medida em que as suas predições não se concretizaram na prática e ainda tiveram um alto custo: aumento desigualdade econômica e da pobreza e o comprometimento da democracia e das expectativas das futuras gerações.¹¹³ Segundo ele, uma das razões que explica o sucesso de tais ideias e o motivo pelo qual é tão difícil superá-las, mesmo com evidências concretas de que não funcionam, é a relação estreita que os defensores dos livres mercados desenvolveram com a elite corporativa.¹¹⁴

¹⁰⁷ Op. cit. TOR, 2013, p. 630.

¹⁰⁸ Nesse sentido: op. cit. LESLIE, 2013, p. 62.

¹⁰⁹ Nesse sentido: “Essa vertente, mesmo aplaudindo a análise econômica introduzida por Chicago, acusa-a de ser demasiadamente simplista” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 176).

¹¹⁰ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Made (Too) Simple*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 3, 2014, pp. 939-940, tradução nossa. No original: “*Bork's legacy is an oversimplified economics that often rests on unfounded or disproven assumptions. Yet the very simplicity that renders Bork's descriptions and prescriptions hollow is what makes them so dangerously attractive to some. Bork's model, however, is not just simple; it's simplistic*”.

¹¹¹ Confira-se: op. cit. ALDRED, pp. 247-248.

¹¹² STIGLITZ, Joseph. *Power, and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, New York: W.W. Norton & Company, 2019, p. 322.

¹¹³ APPELBAUM, Binyamin. *The Economist's Hour. False prophets, free markets, and the fracture of society*. New York: Little, Brown and Company, 2019, p. 6.

¹¹⁴ *Id.*, p. 13.

Em sentido semelhante, Banerjee e Duflo entendem ser normal que os economistas cometam erros; o que é perigoso é estarem tão enamorados de um ponto de vista que não admitam considerar os fatos em sentido contrário.¹¹⁵ Assim, os autores relacionam parte da *bad economics* – má economia – justamente às predições, ponto em relação ao qual são muito críticos, seja por entenderem que economistas fazem um trabalho muito pobre de predição, seja por entenderem que predições com acurácia são normalmente impossíveis.¹¹⁶

O que se pretende destacar neste tópico é que esta mesma crítica de simplificação teórica e de predições incorretas mostra tanto o equívoco da crítica de que a economia comportamental não deveria ser utilizada em razão da sua pouca capacidade preditiva, como também mostra os riscos de a economia comportamental incidir nos mesmos erros do *mainstream* econômico na parte em que busca se tornar uma fonte confiável de predições.

Daí porque, ainda que o modelo comportamental adote uma realidade mais complexa do que a teoria da escolha racional,¹¹⁷ alguns autores afirmam que a simplificação permanece e precisa ser levada em consideração. Aldred, por exemplo, entende que a economia comportamental não é uma resposta adequada aos problemas atuais por descrever as pessoas de forma pouco semelhante aos homens reais, reduzindo-as a *homo economicus* que cometem erros: “[i]n essence, behavioral economics is just homo economicus with bugs.”¹¹⁸ Como explica o autor, ao tornar os homens seres previsivelmente irracionais, a economia comportamental também se distanciaria dos homens reais, que não são facilmente previsíveis, até porque são capazes de escolhas genuínas que não são predeterminadas por seu ambiente, além de não prover respostas para os problemas éticos do *mainstream*¹¹⁹.

Verifica-se, assim, que, se por um lado os economistas de Chicago não tinham o custo de enfrentar enganos – que o agente racional sequer cometeria –,¹²⁰ por outro os *behavioristas* podem incorrer no mesmo erro de simplificações que os afastam da realidade. Isto parece, inicialmente, ir de encontro às críticas ao *Behavioral Antitrust* – em especial sobre sua complexidade e falta de capacidade preditiva – que foram vistas no tópico anterior. Com efeito, o risco é justamente de que a economia comportamental, na tentativa de endereçar as críticas à sua (in)capacidade preditiva, incorra no mesmo reducionismo que, ironicamente, censura na Escola de Chicago.

Nesse sentido, é importante advertir que o objetivo geral de muitos dos defensores do *Behavioral Antitrust* não é substituir a metodologia tradicional, mas apenas complementá-la, motivo pelo qual a previsibilidade não seria posta em risco.¹²¹ Por outro lado, alguns autores até entendem que a teoria da escolha racional é a que descreve e prescreve o comportamento, de forma universal, mais precisa, embora sua universalidade e elegância tenham pouca utilidade, se é que tenham alguma, aos operadores jurídicos.¹²² Vê-se, portanto, que o debate sobre a forma de

¹¹⁵ BANERJEE, Abhijit & DUFLO, Esther. *Good Economics for Hard Times*, New York: Public Affairs, 2019, p. 8.

¹¹⁶ Op. cit., p. 6

¹¹⁷ “Há então muita coisa em jogo no debate entre a escola de Chicago e os economistas comportamentais, que rejeitam a forma extrema do modelo de agente racional. Liberdade não é um valor contestado; todos os participantes no debate são a favor disso. Mas a vida é mais complexa para os economistas comportamentais do que para os adeptos ferrenhos da racionalidade humana.” (Op. cit. KAHNEMAN, p. 515)

¹¹⁸ Op. cit. ALDRED, p.250.

¹¹⁹ *Id.*, p. 251.

¹²⁰ “A decisão de proteger ou não os indivíduos contra seus erros apresenta desse modo um dilema para os economistas comportamentais. Os economistas da escola de Chicago não enfrentam esse problema, pois os agentes racionais não cometem enganos. Para os defensores dessa escola, a liberdade não apresenta custo algum.” (Op. cit. KAHNEMAN, p.516)

¹²¹ “This means that behavioural economics is not supposed to replace traditional analysis but to complement it, and only to the extent that its insights have proven their value. Thus, predictability is not put at risk.” (Op. cit., HEINEMANN, p. 24.)

¹²² No original: “Rational choice theory is descriptively and prescriptively accurate more often than any other single theory of behavior, or so even its critics generally believe. But the elegance and parsimony that a single, universal

incorporação da economia comportamental ao antitruste está intrinsicamente ligado à convicção de que uma teoria deve gerar previsões universais, pensamento este que influencia, em certa medida, até mesmo os *behavioristas*. Diante disso, este artigo sustenta que o caminho a ser seguido é justamente a superação dessa crença.

Nos termos da lição de Banerjee e Duflo, a boa economia – *good economics* – parte da premissa de que, sendo o mundo suficientemente complicado e incerto, a melhor coisa que economistas têm a compartilhar não são suas conclusões, mas sim os caminhos que adotaram para chegar a elas: os fatos que sabem, a forma como interpretaram tais fatos, os passos dedutivos adotados e as fontes remanescentes de incertezas.¹²³

Como se pode observar, as atuais perspectivas metodológicas econômicas reconhecem a falibilidade do conhecimento e das metodologias e enfatizam muito mais as possibilidades de compreensão dos fenômenos do que propriamente a obtenção de certezas e de previsões. Daí por que é sob esse viés que a economia comportamental deve ser incluída na análise antitruste.

A importância desse apontamento é ainda mais evidente quando se constata que publicações recentes que criticam o *Behavioral Antitrust* continuam a insistir na suposta superioridade da simplicidade e da universalidade da teoria da escolha racional mesmo quando reconhecem o seu distanciamento da realidade.¹²⁴

A seção seguinte, assim, dedica-se a analisar as formas pelas quais os vieses identificados pela economia comportamental podem ser incorporados à análise concorrencial, levando-se em consideração os riscos de que simplificações demasiadas e um fascínio com previsões acarretem em um afastamento da realidade, tal como na teoria da escolha racional.

3.3 Alternativas para a incorporação dos ensinamentos da Economia Comportamental ao Direito Concorrencial: uma ferramenta associada à análise empírica

Como visto ao longo deste artigo, resta evidente que a aplicação da teoria da escolha racional, ou pelo menos o seu uso comumente acrítico, causa distorções na análise concorrencial. Contudo, permanece a questão de como abordar essas discrepâncias.

Alguns autores sugerem endereçar os vieses cognitivos evidenciados pela economia comportamental como falhas de mercado.¹²⁵ No entanto, essa análise ainda não específica de que forma que as limitações comportamentais podem ser incorporadas à análise antitruste.

Outros autores propõem que a economia comportamental seja utilizada de forma subsidiária nos casos em que a teoria da escolha racional falhar. Nesse sentido, Stucke propõe a utilização da economia comportamental: (i) para preencher lacunas que a *rational choice theory*

theory of behavior such as rational choice can provide is of far less importance, if it is of any importance at all, to legal policy makers than to economists.” (Op. cit. KOROBKIN & ULEN, p. 1072.)

¹²³ Op. cit. BANERJEE & DUFLO, p. 7.

¹²⁴ Nesse sentido, confira-se trecho de artigo publicado em 06/04/2020: “Assuming that rational choice theory lacks realism, it must be preferred to any other theory for the following fundamental reason: it is an extraordinary tool for simplifying the law, which no other alternative model can achieve. A model, whatever it may be, has flaws.” (Op. cit., MONCUIT, p. 9)

¹²⁵ Op. cit. HEINEMANN, p. 218. Confira-se, também: OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). *What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?* Março de 2010. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182927/http://www.oft.gov.uk/shared_of/economic_research/oft1224.pdf>. Acesso em Jul. 2019.

falha em explicar;¹²⁶ e (ii) para analisar criticamente presunções específicas.¹²⁷ Não obstante, este posicionamento continua conivente com a suposta superioridade do *mainstream* econômico criticada ao longo deste artigo, ignorando todas as distorções que a teoria da escolha racional causa na análise antitruste. Além disso, a já vista insistência na teoria neoclássica, a despeito de fatos concretos contrários a ela, torna duvidoso que a economia comportamental seria de fato utilizada quando a teoria da escolha racional falha – se é que essas falhas seriam reconhecidas.¹²⁸

Por fim, há autores que demonstram sua preocupação de que o uso da economia comportamental na elaboração de políticas públicas acabe implicando possíveis excessos intervencionistas.¹²⁹ É compreensível tal preocupação, considerando que a ideologia que embasa a teoria da escolha racional é claramente vinculada ao Estado mínimo, de forma que qualquer avanço na regulação é visto como algo inerentemente ruim.

Embora a forma de aplicação da economia comportamental seja de fato uma questão que deve ser tratada com cautela – como, aliás, a aplicação de toda e qualquer teoria econômica –, não há como ignorar a sua potencial utilidade à análise antitruste, especialmente como vetor de endereçamento da coleta e da análise de evidências em cada caso concreto. Mais do que isso, entende-se que ela pode e deve ser utilizada como ferramenta autônoma, não necessariamente subsidiária ou complementar à teoria da escolha racional. Afinal, embora ambas as teorias apresentem suas falhas e vulnerabilidades, a economia comportamental está hoje muito mais próxima da realidade do que a escolha racional.

Verdade seja dita que, como lembra Leslie, a resistência do Antitruste à economia comportamental reside no maior grau de dificuldade na sua aplicação, contrastada com a simplicidade da teoria da escolha racional.¹³⁰ Todavia, essa mesma simplicidade que a torna atrativa também é o que, como visto ao longo deste artigo, faz com que seja reducionista e incompatível com a realidade. Dessa maneira, o Direito Antitruste precisa avançar em novas metodologias mais consentâneas com a realidade, ao mesmo tempo em que se cerca de garantias para assegurar a consistência de suas decisões.

¹²⁶ “Behavioral economics as a gap filler: Behavioral economics will not always supply an answer. But its insights can enrich competition policies’ economic theories in better understanding the parties’ actual behavior, motives, or post-merger plans. Thus, the easiest entree of behavioral economics into competition policy is as a gap-filler, that is, to help understand actual, specific anticompetitive behavior that neoclassical economic theory cannot adequately explain” (STUCKE, Maurice. *How Can Competition Agencies Use Behavioral Economics*. The Antitrust Bulletin, Vol. 59, n. 4, Winter, 2014, p. 700).

¹²⁷ “Often, however, competition authorities must predict competitive consequences, notably in reviewing proposed mergers and determining the deterrent effect of increasing sanctions for price-fixing cartels. With the exception of mergers to monopoly, economic theory will likely play an even larger role in predicting future competitive behavior than in explaining observed behavior under Level I. On the one hand, the behavioral economics literature currently does not provide competition authorities a unifying theory. But as Level I shows, economic reality does not always square with neoclassical economic theory. If certain markets are currently not behaving as neoclassical economic theory would suggest, one cannot assume that neoclassical economic theory will reliably predict future behavior. Thus, under Level II, behavioral economics can spur the agencies to reassess specific assumptions of their economic theories and better assess the risk and cost of false positives versus false negatives” (Op. cit. STUCKE, 2014, p. 707).

¹²⁸ Pontua-se, contudo, que o presente artigo concorda com a segunda proposta de Stucke, qual seja, a utilização da economia comportamental para analisar criticamente presunções específicas, com a ressalva de que a análise deve ser acompanhada de pesquisa empírica.

¹²⁹ WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*. Northwestern University Law Review, Vol. 106, n. 3, 2012.

¹³⁰ “It is hardly surprising that courts rely on the simple version of economic theory espoused by the Chicago School. Such theory has the primary virtue of being just that: simple. It is easy to understand and easy to apply. [...] The Chicago School approach provides an easy mechanism to dispose of complicated antitrust cases. It starts from the assumption that firms only engage in rational behavior. It then describes many antitrust violations as involving behavior that it characterizes as irrational and instructs judges that the behavior must not have occurred despite the evidence presented in any given case. Behavioral economics is more complicated and more nuanced than traditional microeconomic theory” (Op. cit. LESLIE, 2013).

Sob essa perspectiva, é preocupante que, no âmbito concorrencial brasileiro, não se verifique o devido debate sobre o tema, continuando a teoria da escolha racional a ser aplicada, no geral, de forma quase que acrítica.

Por essa razão, um dos propósitos deste artigo, assim, é demonstrar a necessidade de discutir esse tema no Brasil, ainda que se reconheça que não há consenso nem respostas fáceis sobre como aplicar a economia comportamental ao Direito da Concorrência. É imperativa, assim, a realização de estudos mais aprofundados sobre o tema, em especial, específicos para o âmbito concorrencial brasileiro.

Todavia, só o fato de se mostrar a impossibilidade de que a teoria da escolha racional seja um referencial indisputado para a aplicação do Direito da Concorrência já é de extrema importância. É fundamental que a análise concorrencial possa se beneficiar de visões mais realistas dos fatos com a aplicação da economia comportamental, não pela estipulação de princípios e vieses genéricos, mas sobretudo pela sua serventia como ferramenta ao caso concreto, que deve ser utilizada sempre de forma compatível com as evidências.

Dentre algumas aplicações práticas da economia comportamental ao Direito Antitruste, pode ser citado o já visto exemplo do “teste do monopolista hipotético”, ou teste SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*), em que a metodologia pode ser útil para assegurar que seja levado em consideração o efeito do enquadramento.

Da mesma forma, os estudos econométricos podem incorporar em sua análise parâmetros concretos que influenciam o comportamento dos consumidores para obter um resultado mais real acerca dos efeitos de uma conduta ou ato de concentração no mercado. Esta última possibilidade foi, inclusive, reconhecida pelo *Office of Fair Trading*, antiga autoridade antitruste britânica.¹³¹

Já em relação à análise dos casos concretos, ainda que, como visto, não haja uma solução pronta para qual forma de aplicação deva ser adotada a própria crítica à origem e à natureza empírica da economia comportamental pode indicar um caminho. Apesar da cautela necessária com a generalização e a aplicação arbitrária dos vieses comportamentais, o comportamento pode ser mapeado empiricamente em situações e mercados específicos. Dessa forma, os vieses identificados pela pesquisa seriam, de fato, previsíveis e sistemáticos, podendo ser estendidos a outras análises que envolvam situações semelhantes e utilizados para prever o efeito de condutas e atos de concentração de forma mais realista.

A ressalva que se faz neste trabalho é quanto à cautela que se deve ter para não se incorrer no erro apontado por Devlin e Jacobs, isto é, que os vieses comportamentais sejam utilizados de forma arbitrária para justificar qualquer previsão de comportamento, evidenciando um efeito anticompetitivo que justifique intervenção antitruste no caso.¹³² Como visto ao longo deste artigo, não se pode confundir os vieses comportamentais com postulados genéricos transponíveis a qualquer caso *ex ante*.

A abordagem que se propõe aqui, assim, é que os vieses comportamentais não sejam aplicados de forma apriorística ou excessivamente discricionária, mas sempre associados às evidências de estudos empíricos, seja na metodologia dos estudos antitruste, seja em análises de casos sustentadas por comportamentos já mapeados em situações ou mercados específicos. Como explicam Banerjee e Duflo, a *good economics* – boa economia – que tem sido realizada na atualidade percorre as seguintes etapas: (i) começa com fatos complicados, (ii) faz palpites baseados no que já sabemos sobre o comportamento humano e no que já foi mostrado pelas teorias, (iii) usam dados para testar as hipóteses, (iv) refinam ou alteram radicalmente as hipóteses de acordo com novos conjuntos de fatos que contrariem as hipóteses iniciais e (v) eventualmente, com alguma sorte, propõe uma solução.¹³³

¹³¹Op. cit. OFFICE OF FAIR TRADING, p. 10.

¹³²Op. cit. DEVLIN & JACOBS, p. 1027-1037.

¹³³Op. cit. BANERJEE & DUFLO, p. 7.

Embora a sugestão de realização de estudos empíricos possa causar um certo desconforto principalmente em juristas, a natureza da economia comportamental é, em si, empírica.¹³⁴ Ademais, a correspondência em geral de teorias com a realidade deve ser testada, sob pena de sua própria utilidade, descritiva e preditiva, ser meramente presumida. Isso é especialmente preocupante no Direito da Concorrência. A doutrina antitruste é essencialmente teórica e a análise concorrencial adota várias presunções sem que sua precisão preditiva ou adequação ao caso específico tenha sido verificada na prática.¹³⁵

Dessa forma, a abordagem proposta neste artigo pode auxiliar na verificação de fato do quão corretas ou não estão as presunções tipicamente empregadas na análise antitruste, por meio de pesquisas que utilizem *insights* da economia comportamental para identificar possíveis regularidades de comportamentos. Assim, as evidências empíricas podem embasar a elaboração de políticas mais gerais, orientando a advocacia da concorrência.

Ademais, ainda que a utilização da economia comportamental na elaboração de políticas públicas não seja o foco deste artigo, ressalta-se que esta poderia ser uma possível solução à preocupação com o excesso de intervencionismo, garantindo-se, ao contrário, políticas concorrenciais efetivas na medida certa e que correspondam à realidade.¹³⁶

De fato, sem o estudo empírico, as presunções utilizadas no Direito Concorrencial nunca serão nada mais que isso: presunções.¹³⁷ Continuar a aplicar a premissa da racionalidade sem verificar sua eficácia preditiva e explicativa implica o afastamento do Antitruste da realidade. Como visto, a teoria da escolha racional é extremamente reducionista e, por diversas vezes, causa distorções na defesa da concorrência. O que se procura, assim, é meios de enriquecer a análise antitruste com as contribuições da economia comportamental.

O fato é, como indica Shampine, que a economia comportamental já está sendo aplicada no meio antitruste, embora frequentemente não tenha sido rotulada como tal.¹³⁸ Isto fica evidente, por exemplo, no recente debate sobre condutas anticompetitivas em mercados secundários.¹³⁹ As

¹³⁴ “Some skeptics will continue to question whether irrational conduct has any implications for antitrust analysis. But whatever its label, behavioral economics at its core is empirical. The literature first identifies normative assumptions underlying the prevalent economic theories; second, empirically tests these assumptions and considers alternative explanations; and third, uses the anomalies to create new theories that are further empirically tested. We believe that behavioral economics identifies enough holes in the simplistic rationality assumption to fortify the argument for more empirical work in antitrust policy. One need not be a behavioral economist to agree” (Op. cit. REEVES & STUCKE, p. 1570).

¹³⁵ Nesse sentido, Stucke afirma que ninguém sabe ao certo qual a precisão das previsões contidas nos guias e diretrizes que balizam a análise concorrencial sobre os impactos dos atos de concentração, o que pode gerar uma série de falsos negativos ou falsos positivos (STUCKE, Maurice. *Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century*. Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 38, 2007, p. 591).

¹³⁶ Importa ressaltar que a preocupação com o excesso de intervencionismo está relacionada à política do Estado mínimo da economia neoclássica. Entretanto, a excessiva indulgência do Antitruste causada pelo *mainstream* e a adoção irrestrita da teoria da escolha racional são igualmente preocupantes: “Clearly, behavioral economics should be used with great caution, since an unlimited irrationality assumption could easily lead to excessive interventionism, just as the unlimited rationality assumption caused an overly lenient antitrust policy in the past” (Op. cit. VAN DEN BERGH, p. 228).

¹³⁷ Nesse mesmo sentido: “In addition to a more serious methodological commitment, evidence-based antitrust also raises a number of open questions that begin to frame the research agenda. The evidence-based approach begs for a sharper focus on generating empirical evidence in areas where current doctrine is based on strong theoretical presumptions that have only limited empirical support” (Op. cit. WRIGHT, p. 330).

¹³⁸ “Rather, key elements of major antitrust litigations have involved behaviors and explanations that lie in the realm of behavioral economics, but have often been labeled differently. More specifically, as discussed below, behavioral economics largely has been used or contemplated in antitrust litigation either to suggest that consumers will not act in the ways suggested by traditional antitrust analysis or to provide firms with a novel mechanism for exploiting that irrationality in a manner that has an anticompetitive effect” (SHAMPINE, Allan L. *The Role of Behavioral Economics in Antitrust Analysis*. ABA Antitrust Magazine, Spring 2013, p. 66).

¹³⁹ Mercados secundários referem-se ao fornecimento de produtos ou serviços conexos ou necessários ao uso de um equipamento relativamente duradouro que já foi adquirido. O mercado secundário engloba transações com as seguintes

características destes mercados têm levantado preocupações nas autoridades da concorrência pelo mundo, em especial, quanto ao exercício do poder de mercado adquirido no mercado primário de forma abusiva no secundário, causando efeitos anticompetitivos neste último.¹⁴⁰

Essa possibilidade não seria sequer considerada pela Escola de Chicago, uma vez que não seria racional para uma empresa cobrar preços supra-competitivos no mercado secundário, visto que os consumidores deixariam de comprar o produto no mercado primário. No entanto, autores Pós-Chicago entendem que tal abuso pode ocorrer devido (i) à miopia do consumidor, que são muitas vezes mais sensíveis aos custos iniciais do que aos futuros gastos de reposição; e (ii) ao fato de que a competição no mercado primário nem sempre compensaria tentativas de abuso no mercado secundário.¹⁴¹

Os argumentos do movimento Pós-Chicago, por si só, evidenciam a compatibilidade entre essa corrente e a economia comportamental,¹⁴² bem como demonstram que os vieses comportamentais já estão sendo considerados na análise concorrencial, sejam rotulados dessa forma ou não.

É evidente, portanto, a urgência de se discutir as formas de aplicação da economia comportamental ao Direito Antitruste, ainda mais com o surgimento de novos mercados, dentro da economia digital, em relação aos quais a análise concorrencial tradicional não parece ser suficiente¹⁴³ para identificar abusos.¹⁴⁴

CONCLUSÕES

O desenvolvimento da economia comportamental colocou em evidência as distorções causadas pelo emprego da teoria da escolha racional na análise antitruste. Como visto ao longo deste artigo, o *mainstream* econômico falha pelo seu reducionismo e sua inflexibilidade em se modificar mesmo diante dos dados empíricos que contradizem suas premissas. Expondo essas discrepâncias do Direito Concorrencial com a realidade, teóricos do *Behavioral Antitrust* defendem a utilização dos vieses e limitações comportamentais como forma de enriquecer a análise tradicional neoclássica.

A despeito das críticas feitas a essa corrente, não se pode ignorar as potenciais contribuições da economia comportamental ao Direito da Concorrência. Como visto, a delimitação de mercado relevante, por exemplo, pela sua própria definição, deve se embasar no real comportamento dos consumidores, e não em uma substituíbilidade racional hipotética que é simplesmente irreal. Consequentemente, os aportes da economia comportamental não apenas podem como devem ser considerados pela análise antitruste.

Permanece, contudo, a questão sobre a forma específica pela qual a economia comportamental pode ser incorporada à análise antitruste, em especial quanto à conduta dos

características: "(1) the aftermarket product or service is used together with a primary product, and (2) the aftermarket product or service is purchased after the primary product" (SHAPIRO & TEECE, *Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak*, Antitrust Bulletin, 39, Issue 1, 1994, pp. 135-162).

¹⁴⁰ A título de exemplo, confira-se: OECD, *Competition Issues in Aftermarkets - Summaries of Contributions*, 2017, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)1/en/pdf). Acesso em julho de 2019.

¹⁴¹ OECD. Background note by the Secretariat. *Competition issues in Aftermarkets*. Paris, 2017. p. 42. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)2/en/pdf). Acesso em julho de 2019.

¹⁴² "Rather than adopting an anti-Chicago profile, behavioral scholars should explore potential synergies with the mainstream Post-Chicago literature. Information economics, the theory of the firm and game theory have created scope for bounded rationality and information problems in the analysis of firms and markets. Behavioral antitrust can enrich but may not replace mainstream antitrust economics" (VAN DEN BERGH, Roger. *Behavioral Antitrust: Not Ready for the Main Stage*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 9, n. 1, 2013, p. 203).

¹⁴³ Nesse sentido, veja: CANDEUB, Adam. *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*. IS: A Journal of Law and Policy, Vol. 9, n. 3, 2014.

¹⁴⁴ Veja: BECKER, Bruno. *A Economia Comportamental e a "Cegueira" de Autoridades Antitruste a Estratégias Atípicas de Abuso*. Revista do IBRAC, Vol. 23, n. 2, 2017.

consumidores. Embora não haja uma resposta fácil, deve ser ressaltado o risco de se utilizar vieses cognitivos arbitrariamente. Isto torna a escolha de vieses conflitantes não só discricionária, dando azo a um possível excesso de intervencionismo, como também meramente argumentativa, enfraquecendo a análise.

Desse modo, não se pode confundir o fenômeno do comportamento concreto com presunções genéricas e simplificadas de comportamentos hipotéticos aplicáveis a qualquer mercado, sucumbindo-se, assim, ao fascínio das predições. De toda sorte, é preciso ressaltar que a teoria da escolha racional vem sendo aplicada precisamente a partir das referidas presunções idealizadas, de forma que a economia comportamental, mesmo no que diz respeito às suas conclusões apriorísticas, pode ao menos representar um contraponto importante às conclusões do *mainstream* econômico.

Nesse sentido, este artigo, embora não tenha a pretensão de oferecer uma solução para o tema, levando em conta essas críticas, conclui que a economia comportamental pode e deve ser utilizada para enriquecer o antitruste como importante ferramenta de análise, preferencialmente associada a estudos empíricos, a fim de evitar que a defesa da concorrência se embase unicamente em presunções reducionistas que se tornam cada vez mais irreais.¹⁴⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDRED, Jonathan. *License do be Bad. How Economics Corrupted Us*. UK: Allen Lane/Penguin Books, 2019.

APPELBAUM, Binyamin. *The Economist's Hour. False prophets, free markets, and the fracture of society*. New York: Little, Brown and Company, 2019.

ARIELY, Dan. *Predictably Irrational - The Hidden Forces That Shapes Our Decisions*. Harper Collins, New York, 2008.

ARMSTRONG, Mark and STEFFEN, Huck. *Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer*. Competition Policy International, Vol. 6(1), 2010.

BANERJEE, Abhijit & DUFLO, Esther. *Good Economics for Hard Times*, New York: Public Affairs, 2019.

BECKENKAMP, Martin & MAIER-RIGAUD, Frank P. *An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes*, Competition Law Review (Special Issue), 1, 2006.

BECKER, Bruno. *A Economia Comportamental e a "Cegueira" de Autoridades Antitruste a Estratégias Atípicas de Abuso*. Revista do IBRAC, Vol. 23, n. 2, 2017.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, 1974.

¹⁴⁵ Ressalta-se que pesquisas empíricas são apenas um instrumento de coleta da realidade, sendo de extrema importância que possuam uma metodologia bem delineada para que não se chegue a conclusões equivocadas a partir dos dados obtidos.

BOLTON, Patrick & BRODLEY, Joseph F. and Riordan, Michael H., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. Georgetown Law Review, August 2000.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press. 1993, 2nd Edition, p. 90

BOUSHEY, Heather. *Unbound: How inequality constricts our economy and what we can do about it*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

CANDEUB, Adam. *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*. IS: A Journal of Law and Policy, Vol. 9, n. 3, 2014.

COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

COOPER, James C.; KOVACIC, William E.. *Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making*. Journal of Law, Economics & Policy. Vol. 8, n. 4, 2012.

COOTER, Robert & ULEN, Thomas, *Law & Economics*, Pearson Series in Economics, 6^a edition, 2016.

DESAI, Denver & WALLER, Spencer. *Brands, Competition and the Law*. Brigham Young University Law Review, 2010.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael Jacobs. *The Empty Promise of Behavioral Antitrust*. Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 37, 2014.

ELSTER, Jon. *When Rationality Fails*, In: *The Limits Of Rationality*, Karen Schweers Cook & Margaret Levi eds., University of Chicago Press, 1990.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; & STRACK, Fritz. *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*. Personality And Social Psychology Bulletin, Vol. 32 No. 2, February 2006.

ESTADOS UNIDOS, FTC, FTC v. Whole Foods Market, Inc. and Wild Oats Markets, Inc, 2009. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0710114/whole-foods-market-inc-wild-oats-markets-inc> (Acesso em julho de 2019).

FRAZÃO, Ana. *Propriedade e Empresa. Função Social e Abuso de Poder Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo : Saraiva, 2017.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8^a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GANS, Joshua. *Protecting consumers by protecting competition: Does behavioural economics support this contention?* Competition & Consumer Law Journal, Vol. 13, 2005.

GREEN, Donald & SHAPIRO, Ian. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. Yale University Press, 1996.

HEINEMANN, Andreas. *Behavior Antitrust: A “More Realistic Approach” to Competition Law*. October 17, 2014. Klaus Mathis (ed.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, 2015.

HUFFMAN, Max. *Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust*. Antitrust Law Journal, Vol. 78, 2012.

_____. *A Look at Behavioral Antitrust from 2018*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, Jan. 2019, p. 7. <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/01/CPI-Huffman.pdf>. Acesso em 01/11/2019.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Stanford Law Review. 1998. Vol, 50.

_____. *Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman*, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KOROBKIN, Russell B. and ULEN, Thomas S. Ulen. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. California Law Review, vol. 88, n. 4, July 2000.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack & THALER, Richard. *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*. The American Economic Review, Vol 76, n. 4, 1986.

LESLIE, Christopher. *Rationality Analysis in Antitrust*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 158, n. 2, January 2010.

_____. *Can Antitrust Law Incorporate Insights from Behavioral Economics*, Texas Law Review See Also, Vol. 92, 2013.

_____. *Antitrust Made (Too) Simple*. Antitrust Law Journal, Vol. 79, No. 3, 2014

LEVIN, Irwin P. and GAETH, Gary J. *How Consumers Are Affected by the Framing of Attribute Information Before and After Consuming the Product*, Journal of Consumer Research, 15 (December), 1988.

MALHOTRA, Naresh. *Information Load and Consumer Decision Making*. Journal of Consumption Research, February 1982.

MONCUIT, Godefroy de. *Relevance and shortcomings of behavioral economics in antitrust deterrence*. Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 00, N. 00.

OECD. *Summary of the discussion on Behavioral Economics*. Annex to the Summary Record of the 115th Meeting of the Competition Committee held on 13-14 June 2012.

OECD. *Hearing on Competition and Behavioural Economics, Note by Maurice Stucke*. 25/07/2012.

OECD, *Competition Issues in Aftermarkets - Summaries of Contributions*, 2017, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)1/en/pdf). Acesso em julho de 2019.

OECD. Background note by the Secretariat. *Competition issues in Aftermarkets*. Paris, 2017. p. 42. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)2/en/pdf). Acesso em julho de 2019.

OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). *What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?* Março de 2010. Disponível em: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182927/http://www.oft.gov.uk/shared_of/economic_research/oft1224.pdf>. Acesso em julho de 2019.

PARISI, Francesco & SMITH, Vernon (ed.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford University Press, 2005.

PITOFISKY, R. (org.) *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Oxford, 2009.

PLOUS, Scott. *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill, 1^a Edição, 1993.

POLLOCK, Rufus. *Is Google the Next Microsoft: Competition, Welfare and Regulation in Online Search*. Review of Network Economics: Vol. 9: Issue 4, Article 4, 2010.

POSNER, Richard A. *The Economic Approach to Law*. Texas Law Review, Vol. 53, n. 757, 1975, p. 759.

_____. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 127, n. 925, 1979.

_____. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998.

REEVES, Amanda & STUCKE, Maurice. *Behavioral Antitrust*. Indiana Law Journal, Vol. 86, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

SANDRONI, Alvaro & SQUINTANI, Francesco. *Overconfidence, Insurance and Paternalism*. The American Economic Review, Vol. 97, n. 5, December 2007.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência*. Revista do IBRAC. v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

SHAMPINE, Allan L. *The Role of Behavioral Economics in Antitrust Analysis*, ABA Antitrust Magazine, Spring 2013.

SHAPIRO & TEECE, *Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak*, Antitrust Bulletin, 39, Issue 1, 1994.

SIMON, Herbert. A., *Rational Choice and the Structure of the Environment in Models of Man: Social and Rational*, 1957.

SOLTES, Eugene. *Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal*. New York: Public Affairs, 2016. First Edition.

STIGLITZ, Joseph. *Power, and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, New York: W.W. Norton & Company, 2019.

STUCKE, Maurice. *Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century*. Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 38, 2007.

_____. *How Can Competition Agencies Use Behavioral Economics*. The Antitrust Bulletin, Vol. 59, n. 4, Winter, 2014.

TATE, Matt. *Behavioral Economics: An Insight into Antitrust*. *Law & Psychology Review*, Vol. 37, pp. 249-270, 2013

THALER, Richard. *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. W W Norton & Co, New York, 2015.

THALER, Richard & SUSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press, 2008.

TOR, Avishalom. *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy*. Michigan Law Review, Vol. 101, Nov. 2002.

_____. *Understanding Behavioral Antitrust*. Texas Law Review. Vol. 92. 2013

TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel. *Rational Choice and the Framing of Decisions*. In Decision Making: Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions, ed. David E. Bell et al, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

ULEN, Thomas. *The Theory of Rational Choice, Its Shortcomings, and the Implications for Public Policy Decision Making*. Science Communication, 1990, Vol. 12, N. 2.

VAN DEN BERGH, Roger. *Behavioral Antitrust: Not Ready for the Main Stage*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 9, n. 1, 2013.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*. Northwestern University Law Review, Vol. 106, n. 3, 2012.

WRIGHT, Joshua D; STONE, Judd E. *Misbehavioral Economics: The Case against Behavioral Antitrust*. Cardozo Law Review, Vol. 33, 2012.