

5.4.5 Prova econômica

Em muitos casos no direito concorrencial, especialmente nas condutas colusivas ilícitas, como o cartel, a produção de provas diretas é muito difícil.⁷⁹⁵ Os acordos costumam ser pactuados em reuniões secretas, os telefonemas realizados a partir de números pré-pagos, não há minutas ou atas dos encontros, tampouco mensagens ou e-mails trocados entre os concorrentes. Se existem, é muito provável que os envolvidos no ilícito procuraram escondê-los ou destruí-los. Assim, o *enforcement* do direito concorrencial, tanto público quanto privado, depende em larga medida de provas indiretas⁷⁹⁶; da demonstração de fatos que permitam inferir a ocorrência de outros fatos que preencham a tipicidade do ilícito.⁷⁹⁷

Essas provas indiretas podem dizer respeito a acontecimentos que, na presença de outros elementos, poderiam ser configurados como fatos principais – como o conhecimento sobre reuniões ou ligações entre os concorrentes, sem que seja possível saber o seu conteúdo; ou as consequências dos fatos principais que se busca comprovar (os efeitos econômicos de determinados comportamentos).⁷⁹⁸

A transcrição do conteúdo das ligações ou das conversas realizadas em reunião constituiriam provas diretas, mas sua simples ocorrência serve apenas como indício, prova indireta que poderá permitir a inferência de que se referiam à fixação de preços caso

⁷⁹⁵ Nesse sentido, Edward Howrey, ex-presidente do FTC: “Dano à concorrência, diferentemente de danos a um competidor, é raramente capaz de ser objeto de prova direta e deve, assim, ser inferida a partir de todas as outras circunstâncias circundantes”. Tradução livre de: “Injury to competition, as distinguished from injury to a competitor, is seldom capable of direct proof and must therefore be inferred from all of the surrounding circumstances” [HOWREY, Edward. *Economic evidence in antitrust cases. Presented before the American Marketing Association*. New Jersey, 1954. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/687131/19540614_howrey_economic_evidence_in_antitrust_cases.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 7]. Segundo Freeman, uma das vantagens do uso de “provas econômicas” é justamente a possibilidade de ponderá-las frente a outras provas econômicas e, especialmente, frente às provas diretas [FREEMAN, Peter. *The significance of economic evidence in competition. IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: <http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 11].

⁷⁹⁶ Sobre o tema, ver tópico 5.4.1.

⁷⁹⁷ Por esse motivo, como afirma Guilherme Ribas, “o Cade sempre destacou a relevância dos indícios para a caracterização de cartéis.” [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 129].

⁷⁹⁸ Sobre o uso de provas diretas e indiretas em alguns casos do Cade, ver GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em 17 abr. 2017, p. 233 e ss; RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 129 e ss.

existam outros indícios no mesmo sentido.⁷⁹⁹ Esses outros indícios costumam ser objeto das denominadas provas econômicas.

De modo similar, condutas que são consideradas ilícitas, a depender do efeito produzido, demandam a produção de prova indireta,⁸⁰⁰ mesmo quando resultam na exclusão de um competidor do mercado. Ainda que quanto à exclusão seja possível, e relativamente simples, produzir provas diretas, a demonstração de que essa exclusão foi fruto de uma ilicitude dependeria de provas indiretas econômicas.⁸⁰¹

Não por acaso, a relevância da teoria econômica para o direito concorrencial é amplamente reconhecida,⁸⁰² a ponto de Richard Posner se referir a um isomorfismo entre a doutrina jurídica e a economia; isomorfismo que, segundo o autor, “[...] se torna identidade quando, como no antitruste (mas não apenas nele), o direito adota um explícito critério econômico de legalidade”.⁸⁰³

Mesmo sem adotar essa perspectiva que procura reforçar os laços entre direito e economia, é preciso reconhecer, de qualquer forma, a importância dessa relação, especialmente quando a “prova econômica” é tratada como “prova típica dos processos concorrenciais”.⁸⁰⁴ Analisar essa relação é essencial para compreender no que consistem as técnicas⁸⁰⁵ agrupadas sob a denominação de “prova econômica”⁸⁰⁶.

⁷⁹⁹ Em sentido contrário, reputando a prova econômica como “menos importante” em casos de cartel, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 101.

⁸⁰⁰ Nesse sentido, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 100.

⁸⁰¹ Ainda que fosse possível encontrar testemunhas do comportamento do infrator ou documentos internos que relatassem o propósito de excluir o concorrente, o próprio caráter intencional da conduta poderia não ser suficiente para comprovar sua ilicitude.

⁸⁰² COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017, p. 3; FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. IEA Beesley Lecture Series 2009. London, 15 out. 2009. Disponível em: <http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 2. Nesse sentido, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, analisando de modo cuidadoso a relação entre os domínios do direito e da ciência econômica.

⁸⁰³ POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 13, n. 2, primavera de 1999, p. 91.

⁸⁰⁴ NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 69. Também GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em 17 abr. 2017, p. 162. A prova econômica também tem sido utilizada como tópico próprio de decisões do Cade [BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa

Ioannis Lianos, analisando as “faces” dos conhecimentos de economia utilizados no direito concorrencial, propõe sua classificação em quatro categorias: “fatos” econômicos (*economic “facts”*), transplantes econômicos (*economic transplants*), doutrina econômica (*economic authority*) e “leis” econômicas (*economic “laws”*).⁸⁰⁷

A primeira categoria se refere a dados estatísticos ou conceitos econômicos cujo significado é amplamente aceito na doutrina.⁸⁰⁸ A classificação dos fatos como econômicos, portanto, não se refere a sua natureza, mas ao conhecimento utilizado para apreendê-los. São exemplos categorias como “custos fixos”, “custos variáveis” e “preços”, entre outras. Os dados classificáveis segundo tais categorias são “fatos” econômicos.

Quanto aos transplantes econômicos, Lianos os considera como conceitos de economia que são incorporados no discurso jurídico.⁸⁰⁹ No âmbito do direito econômico, são exemplos: “poder de mercado”, “barreiras à entrada”, “ganhos de eficiência”, etc.⁸¹⁰⁻⁸¹¹

Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Representante: Promotoria de Justiça de Londrina (PR). Representados: Ariovaldo Ferraz de Arruda e outros. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, DF].

⁸⁰⁵ Sobre as diferentes técnicas utilizadas nos estudos econômicos, ver LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. *Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis*. *Center for Law, Economics and Society*, London. Faculty of Laws, UCL, CLES Working Paper Series 6/2012, out. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 5-25. Ver também SCHINKEL, Maarten Pieter. *Forensic Economics in Competition Law Enforcement*. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*. Amsterdam, n.2007-05, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1009573>. Acesso em: 17 abr. 2017; DECKER, Christopher. *Economics and the enforcement of European Competition Law*. Oxford: CSLS, 2009. Segundo Lianos e Genakos, essas técnicas quantitativas, que variam de simples testes estatísticos até complexos modelos econométricos, servem para testar as hipóteses quanto aos fatos que são formuladas a partir da teoria econômica [LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. *Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis*. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 6/2012, out. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 4].

⁸⁰⁶ Para uma perspectiva distinta daquela preconizada neste capítulo, ao analisar a atuação do Cade, ver BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/pt-br.php>. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 242 e ss.

⁸⁰⁷ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 54.

⁸⁰⁸ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 55-56.

⁸⁰⁹ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 56.

⁸¹⁰ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar.

Segundo o autor, nesse movimento de apropriação, nem sempre os conceitos são tratados no âmbito do direito da mesma forma que na economia.⁸¹² No mesmo sentido, Schuartz fala na “forma restritiva” pela qual se opera a “[...] juridificação dos conteúdos disponibilizados pela ciência [econômica]”.⁸¹³

A doutrina econômica, por sua vez, é a categoria utilizada por Lianos para definir as situações em que conceitos econômicos, não expressamente previstos em lei, são utilizados com conteúdo normativo nas decisões.⁸¹⁴ Aqui, os conhecimentos econômicos assumem um papel interpretativo sobre o caso,⁸¹⁵ possibilitando a emissão de juízos sobre os fatos.

Por fim, quanto às “leis” econômicas, Lianos faz referência a pressupostos universalmente aceitos pela doutrina econômica. Ainda que ele explique não se tratar de “leis naturais”,⁸¹⁶ mas hipóteses e pressupostos que podem ser infirmados por provas empíricas, sugere que “o leigo ou o juiz não especialista [...] devem tomar as leis econômicas como uma verdade dada e incontestável”.⁸¹⁷ Segundo o autor, as leis econômicas fazem parte da experiência geral: elas não precisam ser explicadas por peritos

2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 56.

⁸¹¹ Para Lianos e Genakos, o uso de técnicas quantitativas surge da necessidade de aplicar esses conceitos para responder a essas questões centrais do direito concorrencial [LIANOS, Ioannis; GENAKOS, Christos. *Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis*. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 6/2012, out. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2184563. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 4]. Sobre as vantagens e desvantagens do uso de técnicas quantitativas de análise, avaliando a prática da Competition Commission no Reino Unido, ver FREEMAN, Peter. *The significance of economic evidence in competition*. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: <http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 10-13.

⁸¹² LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 57.

⁸¹³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, p. 127.

⁸¹⁴ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 61.

⁸¹⁵ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 61-63.

⁸¹⁶ Sobre o tema, ver tópico 2.1.1.

⁸¹⁷ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 64. Tradução livre de: “The layman or non expert judge, in this circumstance, should take these economic laws as a given and uncontested truth”.

especialistas, uma vez que a assimetria entre o conhecimento deles e do juiz, nesse caso, é quase inexistente.⁸¹⁸

A diferenciação feita por Lianos é de grande utilidade, mas merece algumas adaptações.⁸¹⁹ Primeiramente, as “leis” econômicas podem ser classificadas, em matéria de prova, no âmbito daquilo que costuma ser denominado “regras da experiência”. São “generalizações, noções, critérios, leis empíricas, assim como as noções fundadas em leis naturais, lógicas e científicas, que o juiz – considerado como ‘homem médio’ – encontra na ‘experiência do mundo’”.⁸²⁰ O juiz pensará os fatos da causa e analisará a credibilidade das provas a partir dessas regras,⁸²¹ que, no caso da ciência econômica, encontram na lei da oferta e da demanda um bom exemplo. Assim, leis econômicas que façam parte das regras da experiência não são objeto de prova.

Aquilo que Lianos denomina “transplantes” econômicos padece de um vício de terminologia que, de certa forma, é percebido pelo próprio autor ao reconhecer que nem sempre há correspondência entre os conceitos econômicos nos domínios econômico e jurídico.⁸²² Na verdade, quando o direito se apropria da terminologia econômica, incorpora-a na forma de regras “conforme as exigências e no ritmo ditados pela lei, os

⁸¹⁸ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 64.

⁸¹⁹ Freeman concebe três níveis de influência e importância da economia para o direito concorrencial: política concorrencial (*competition policy*), regras e estruturas do direito concorrencial (*rules and frameworks*), e reunião e valoração da prova (*gathering and evaluating evidence*). Quanto ao primeiro nível, o direito concorrencial decorre de uma premissa econômica de que, em favor do bem estar e da eficiência, deve-se limitar o exercício de poder de mercado. Quanto ao segundo, a economia oferece a estrutura teórica para o antitruste, tanto fornecendo elementos para a elaboração das regras quanto permitindo a correta identificação das questões de fato necessárias para decidir os casos. Por último, aquilo que Freeman considera mais importante, é o uso de análise econômica para sistematizar dados e, a partir disso, dar suporte ou refutar determinadas proposições sobre eles [FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: <http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 6-8].

⁸²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

⁸²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, v.2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

⁸²² O autor se refere, por exemplo, ao fato de que “a convergência entre a definição econômica e jurídica de poder de monopólio ou posição dominante não é, contudo, completa”. Tradução livre de: “The convergence of the economic and the legal definition of monopoly power or dominant position is not, however, complete” [LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 59].

precedentes judiciais e administrativos e a dogmática jurídica”.⁸²³ O conhecimento econômico não é transplantado, mas recepcionado pelo direito e convertido na linguagem jurídica. Em verdade, isso parece implícito nos argumentos do autor, quando ele afirma que os “transplantes econômicos” são afetados pelo ordenamento jurídico em que estão inseridos.⁸²⁴ Também os “transplantes”, uma vez que são apropriados na forma de regras jurídicas, não são objeto de prova.

Compõem efetivamente o âmbito da “prova econômica” aquilo que Lianos denomina “fatos” econômicos e doutrina econômica.

Os “fatos” econômicos são aqueles que serão provados em juízo, cujo conhecimento é determinado a partir de conceitos que decorrem do mesmo exercício de recepção que Lianos descreve em relação aos transplantes econômicos. Nessa medida, “custo” e “preço” são “transplantes” econômicos da mesma forma que “morte” é um “transplante” médico, e “povos tradicionais” um transplante sociológico. Os fatos que compõem o custo ou o preço são apreendidos a partir desses conceitos. A prova econômica envolve a sua sistematização, tal como a perícia contábil pode envolver o planilhamento de dados financeiros. Não importa, nesse caso, que os conceitos (como juros, inflação, etc.) sejam “econômicos”, mas sim que a sua aplicação aos fatos precise ser realizada por alguém com conhecimentos técnicos. Em geral, os “fatos” econômicos analisados dirão respeito tanto ao funcionamento do mercado (considerando a performance da indústria, as elevações de preço, existência de práticas facilitadoras, entre outros aspectos) quanto a sua estrutura (analisando a concentração, barreiras à entrada, homogeneidade do produto, etc.).

Geralmente, esses “fatos” econômicos são fatos secundários, a partir dos quais se pode inferir a ocorrência dos fatos principais que compõem o suporte fático de uma determinada infração à ordem econômica. A construção racional que faz com que os dados sejam interpretados como indício será fruto, via de regra, da “doutrina econômica”: teorias sobre os dados que serão examinadas como forma de permitir determinada conclusão

⁸²³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, p. 127. Por esse motivo, utilizando uma terminologia luhmanniana, Schuartz fala em uma “[...] reorientação metodológica para garantir o ‘acoplamento estrutural’ entre o direito antitruste e a ciência econômica.” [SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.245, 2007, p. 97].

⁸²⁴ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 60.

quanto à ocorrência do fato principal.⁸²⁵ Assim, nos casos de paralelismo de preços (“fato” econômico), por exemplo, a análise de outros dados e sua interpretação será fundamental para determinar se a conduta é racional do ponto de vista econômico ou não;⁸²⁶ é a partir dessa conclusão que a ocorrência ou não de cartel será determinada.⁸²⁷

O juiz, no âmbito da doutrina econômica, precisa ser auxiliado por alguém com conhecimento específico não para o fim de sistematizar os dados, mas sim para o fim de compreendê-los e interpretá-los. Como explica Lianos, “devido ao problema de assimetria informacional, o juiz não é capaz de acessar, por si só, a veracidade e a plausibilidade de cada teoria ou argumento econômico apresentado”.⁸²⁸ O desafio colocado aqui decorre da possível existência de teorias econômicas que, quando aplicadas aos fatos do caso, cheguem a diferentes resultados.⁸²⁹⁻⁸³⁰ Assim, ao realizar o estudo, os economistas precisam explicar porque seria mais razoável interpretar os dados de acordo com

⁸²⁵ Como explicam Baker e Bresnahan: “A análise [econômica] no antitruste, como a maioria dos trabalhos em ciência social empírica, é melhor entendido, em geral, como fazendo inferências a partir de provas sem o benefício de realizar experimentos como aqueles que são rotina nas aulas de química do ensino médio”. Tradução livre de: “Antitrust analysis, like most work in empirical social science, is best viewed generally as making inferences from evidence without the benefit of performing experiments like those that are routine in high school chemistry” [BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, Stanford, n.328, set. 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirossi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 4].

⁸²⁶ FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil*. 2006. Dissertação (Mestrado em Economia) - Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006. Disponível em: http://www.btdt.ndc.uff.br/tde_arquivos/40/TDE-2008-01-31T111708Z-1259/Publico/2007-gustavo_flores.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 56.

⁸²⁷ Como explica Gustavo Flores, se a partir dos outros dados econômicos ficar demonstrada a racionalidade econômica do paralelismo de preços entre concorrentes, será necessária a presença de “provas materiais”; isto é, de elementos que demonstrem o contato efetivo entre os membros do cartel [FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil*. 2006. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006. Disponível em: http://www.btdt.ndc.uff.br/tde_arquivos/40/TDE-2008-01-31T111708Z-1259/Publico/2007-gustavo_flores.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 57].

⁸²⁸ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 63. Tradução livre de: “Because of the information asymmetry problem, the judge is not able to assess, by his own, the veracity and plausibility of each of the economic theories and arguments presented”.

⁸²⁹ LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 63.

⁸³⁰ Afinal, é possível que análises econômicas igualmente válidas produzam resultados distintos quando aplicados aos fatos: seja por diferença quanto aos dados utilizados nas abordagens, aos modelos econômicos, aos pressupostos usados na interpretação ou, ainda, às técnicas e metodologias [COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases*. Staff Working Paper, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017, p. 5-6].

determinada teoria e não com outra.⁸³¹ A prevalência de uma delas deve se justificar pela capacidade de explicar uma realidade empírica dada e não preparada pelo observador (estudo não experimental): pela capacidade de explicar os fatos do caso tal como eles se apresentam.⁸³²

Ainda que a forma como será produzida a prova econômica possa variar, o meio de prova é a perícia.⁸³³ A partir dela, nos casos em que “a prova do fato depender de conhecimento técnico e científico” (art. 156, CPC),⁸³⁴ será possível extrair, por meio de um terceiro, percepção adequada quanto aos fatos (no caso, dados economicamente relevantes).⁸³⁵⁻⁸³⁶ Deve-se notar que, conforme reiterada doutrina, apesar da perícia ser levada aos autos em documento escrito – o laudo pericial (art. 477, CPC) – ou, em alguns casos, por meio de inquirição oral (art. 464, § 2º a 4º, CPC),⁸³⁷ isso não altera sua classificação enquanto meio de prova.⁸³⁸

⁸³¹ BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. Stanford Law and Economics Olin Working Paper, Stanford, n. 328, setembro de 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirosi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev 2017, p. 5.

⁸³² BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, Stanford, n.328, set. 2006. Disponível em: https://web.stanford.edu/~tbres/research/buccirosi_01_ch01_001-042.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 5.

⁸³³ Em sentido contrário, ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 131.

⁸³⁴ O emprego de metodologias da ciência econômica na prova do fato justificam o uso da terminologia “prova econômica”. Afinal, como explica Taruffo, “prova científica é aquela que requer a utilização de metodologias científicas, informática é aquela que deriva da utilização de tecnologias informáticas, e é estatística a prova que deriva da utilização de dados e metodologias estatísticas”. Tradução livre de: “prueba científica es aquella que requiere la utilización de metodologías científicas, informática es aquella que deriva de la utilización de tecnologías informáticas, y es estadística la prueba que deriva de la utilización de datos y metodologías estadísticas” [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 468]. Em sentido contrário, Guilherme Ribas reputa prova econômica uma “patente impropriedade terminológica” [RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 131-132].

⁸³⁵ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

⁸³⁶ Por uma análise econômica sobre o uso de peritos econômicos, ver POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999.

⁸³⁷ Sobre a admissibilidade da prova econômica, ver as considerações de Lianos [LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 82 e ss].

⁸³⁸ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 358 e ss. A prova pericial costuma ser documentada, assim como os demais atos processuais [DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito*

Nos processos administrativos, é comum que as análises econômicas sejam apresentadas pelas partes por escrito⁸³⁹, como forma de o investigado se contrapor a determinadas conclusões da autoridade.⁸⁴⁰ No processos civil, as partes também podem apresentar essas análises junto a suas manifestações: “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes” (art. 472, CPC). Assim, ainda que a “perícia extrajudicial”⁸⁴¹ seja feita fora do processo e de forma unilateral, respeitado o disposto no art. 369, CPC, ela é plenamente admissível.⁸⁴² Uma das dificuldades dessa solução reside no possível comportamento de um juiz não especialista diante de uma prova técnica econômica: por não compreendê-la adequadamente, o juiz pode ter dificuldade em valorá-la,⁸⁴³ acabando por ignorá-la ou por lhe atribuir mais valor

Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, v.2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 152 e ss.]. Em sentido contrário, NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 70.

⁸³⁹ Por esse motivo, Gilberto fala que a produção da prova econômica não difere de forma relevante das “demais espécies de provas documentais” [GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php. Acesso em 17 abr. 2017, p. 163]. No entanto, é possível também que seja determinada a realização de perícia (art. 155, § 4º, RICade).

⁸⁴⁰ Não por acaso, no direito europeu, existe um guia com “melhores práticas” oferecendo recomendações sobre a produção de análises econômicas e econométricas [COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 tfeu and in merger cases*. Staff Working Paper, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Acesso em: 14 abr. 2017].

⁸⁴¹ Marinoni e Arenhart sustentam que “a prova pericial pode submeter-se basicamente a três regimes distintos. Pode ser *extrajudicial*, *simplificada* ou *formal*”. A primeira seria a admissão pelo juiz da suficiência dos laudos extrajudiciais produzidos pelas partes; a segunda, a inquirição do especialista pelo juiz; a terceira, o regime comum e geral da prova pericial previsto no art. 464 e ss., CPC [MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 400]. Gustavo Lage Noman considera que “a apresentação de pareceres técnicos com estudos econômicos é uma espécie de *amicus curiae*”. Contudo, essa posição não se sustenta à luz da disciplina conferida ao *amicus curiae* pelo art. 138, CPC [NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 76].

⁸⁴² AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

⁸⁴³ Como afirma Gustavo Lage Noman “não se espera de um juiz togado o conhecimento técnico-científico [...] necessário para julgar um processo concorrencial” [NOMAN, Gustavo Lage. *Das provas em processo concorrencial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8966>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 73].

do que deveria.⁸⁴⁴ Por isso, como adverte Posner, face à complexidade de determinadas análises econômicas, parece mais adequada a nomeação pelo juiz de um perito judicial que lhe auxilie.⁸⁴⁵

Em alguma medida, a prova econômica se aproxima da definição que Paulo Osternack Amaral apresenta para a prova estatística: “mecanismo de pesquisa que emprega técnicas que permitem aferir a ocorrência de determinada situação em termos percentuais”.⁸⁴⁶ Segundo o autor, trata-se de situação em que resultados são obtidos a partir da probabilidade, com o objetivo de examinar a relação de causalidade de um fenômeno.⁸⁴⁷⁻⁸⁴⁸ A probabilidade não infirmaria a cientificidade do método; em verdade, seria o critério para controlar o acerto dos resultados obtidos.⁸⁴⁹

Outro problema em relação à prova econômica decorre do fato de que é comum a submissão de análises aparentemente consistentes, mas contraditórias.⁸⁵⁰⁻⁸⁵¹ A tendência de

⁸⁴⁴ FREEMAN, Peter. The significance of economic evidence in competition. *IEA Beesley Lecture Series 2009*. London, 15 out. 2009. Disponível em: <http://www.rpieurope.org/Beesley/2009/Peter%20Freeman.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 12.

⁸⁴⁵ POSNER, Richard A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999, p. 96.

⁸⁴⁶ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

⁸⁴⁷ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

⁸⁴⁸ No direito concorrencial as relações de causalidade costumam ser demonstradas a partir do exame de situações contrafactuais. Para um exemplo dessa utilização em análises econômicas, ver ESTEVEZ, Luiz Alberto. Regulação e segurança na atividade de praticagem no Brasil: uma análise econômica. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, v.4, mai. 2016, p. 14 e ss. Uma das principais dificuldades da prova econômica decorre do fato de que muitas das análises que revelam uma relação de correlação ou ausência de correlação entre dois elementos (como preço e custo; ou preço de diferentes competidores), não necessariamente podem ser utilizadas para afirmar a existência de causalidade entre eles. Surge, assim, a necessidade de ir além do aspecto estritamente quantitativo e considerar outros elementos que permitam uma maior coerência na aplicação de determinada teoria, eventualmente, corrigindo suas falhas [LIANOS, Ioannis. Econometric evidence in EU competition law: an empirical and theoretical analysis. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 6 e 9.] No mesmo sentido, apontando a falácia de algumas correlações, HAWTHORNE, Donald; SANDERSON, Margaret. Rigorous analysis of economic evidence on class certification in Antitrust Cases. *Antitrust, American Bar Association*, v.21, n.1, out. 2009. Disponível em: <https://www.crai.com/sites/default/files/publications/Rigorous-Analysis-of-Economic-evidence.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017, p. 58-59.

⁸⁴⁹ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

⁸⁵⁰ NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

⁸⁵¹ Por isso a importância de que as análises sejam acompanhadas de uma apresentação clara das premissas utilizadas, tal como descrito em NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010.

reputar uma delas como inválida, consequência da crença equivocada de que a aplicação de métodos econômicos resultariam em conclusões unívocas, é inadequada: “Quando estudos alternativos produzem conclusões contraditórias, seus méritos relativos devem ser cuidadosamente investigados; a abordagem correta não pode ser descartar um deles como incorreto ou não científico”.⁸⁵² Nesse passo, assume enorme relevância o conjunto probatório.⁸⁵³ a existência de outros elementos que permitam que uma de duas conclusões, *a priori* igualmente válidas, seja descartada em favor da outra.⁸⁵⁴ Assim, as análises econômicas resultarão em conclusões cuja congruência e consistência deverão ser analisadas considerando o conjunto do material probatório produzido.⁸⁵⁵

Do exposto, é possível perceber que a prova econômica, via de regra, além de conter sistematização de dados (“fatos” econômicos), envolve juízo fundado no conhecimento técnico especializado do perito (doutrina econômica).⁸⁵⁶ No processo

Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 5.

⁸⁵² Tradução livre de: “When alternative studies produce contradictory conclusions, their relative merits should be carefully investigated; the right approach cannot be to discard them as if they were incorrect or unscientific” NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 2.

⁸⁵³ Como afirma Lianos, as provas não devem se examinadas em partes, mas a partir de uma abordagem holística, capaz de contextualizar cada prova no conjunto probatório [LIANOS, Ioannis. “Judging” Economists: economic expertise in competition law litigation. *Center for Law, Economics and Society*. London. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 1/2009, mar. 2009. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles_1_2009. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 134]. No mesmo sentido, NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 5.

⁸⁵⁴ Como explica Taruffo: “Desta forma, o critério da coerência da narração dos fatos pode operar racionalmente como fator de escolha entre as distintas versões dos mesmos fatos. No entanto, deve-se destacar que desse modo a coerência narrativa opera como critério diferencial e marginal, ainda que em algum caso específico possa resultar decisivo, porque determina a escolha entre stories equivalentes desde a perspectiva da verdade dos fatos narrados”. Tradução livre de: “De esta forma, el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos. Sin embargo, debe subrayarse que de este modo la coherencia narrativa opera como criterio diferencial y marginal, aunque en algún caso específico pueda resultar decisivo, porque determina la elección entre stories equivalentes desde el punto de vista de la verdad de los hechos narrados” [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 315].

⁸⁵⁵ NEVEN, Damien; DE CONINCK, Raphael. Best practices on the submission of economic evidence and data collection. *DG Competition*, European Commission, 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/neven_deconinck_best_practices.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 3.

⁸⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 398 e ss. No mesmo sentido, Posner: “O especialista não será autorizado a testemunhar que a lei antitruste não deveria proibir a fixação de preços, mas será autorizado a afirmar que o comportamento da defesa quanto ao preço é inconsistente com seu acordo para fixar preços ou que isso não guardava relação com o preço médio pago pelo demandante”. Tradução livre de: “The expert will not be permitted to testify that antitrust law

administrativo e no processo judicial ela poderá ser produzida pelas partes, na forma de pareceres escritos⁸⁵⁷ no processo judicial, ou por meio da atuação de um perito, caso a prova seja, como é provável, mais complexa e de difícil compreensão para o magistrado.

5.4.6 Ônus da prova

O ônus da prova é um “assunto que ainda enseja dúvidas e paradoxos”.⁸⁵⁸ Como muitos temas em matéria probatória,⁸⁵⁹ aqui também existem consideráveis divergências doutrinárias⁸⁶⁰ e terminológicas.⁸⁶¹ Como o termo “ônus da prova” costuma ser utilizado pela doutrina de forma polissêmica – tanto na *civil law* quanto na *common law*⁸⁶² –, antes de iniciar é preciso esclarecer o que se pretende analisar sob essa denominação.

O ônus da prova consiste num conjunto de regras que estabelece a parte em cujo desfavor uma questão (de fato) será julgada devido à ausência ou insuficiência de provas. Segundo Taruffo, partindo da ideia de que, para vencer a causa, a parte deve provar o fato

should not forbid price fixing, but will be permitted to testify that the defendants’ pricing behavior is inconsistent with their having agreed to fix prices or that it had no effect on the average price paid by the plaintiff” [POSNER, Richard A. *The Law and Economics of the Economic Expert Witness. Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v.13, n.2, primavera de 1999, p. 92].

⁸⁵⁷ Sustentando que tais pareceres não são prova, RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 132-133.

⁸⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48. No mesmo sentido, analisando a inversão do ônus da prova no CDC, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.146, ano 32, abr. 2007, p. 50.

⁸⁵⁹ Como afirma Taruffo: “O léxico da prova é, pois, irremediavelmente aberto, variável e ambíguo e foge de toda tentativa de plasmá-lo ou de reconstrução sistemática que pretenda recolher e esgotar todos os seus aspectos”. Tradução livre de: “El léxico de la prueba es, pues, irremediabilmente abierto, variable y ambiguo y huye de todo intento de plasmación o de reconstrucción sistemática que pretenda recoger y agotar todos sus aspectos” [TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 452-453]. No mesmo sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

⁸⁶⁰ Cite-se, como exemplo, a modificação do ônus da prova por iniciativa do juiz, em YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 86.

⁸⁶¹ Chega-se, inclusive, a questionar o emprego do termo “ônus” na locução “ônus da prova”, bem como a divisão entre sua função objetiva e subjetiva [RAMOS, Vitor de Paula. O ônus da prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção o Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65 e ss.]. De modo ainda mais radical, Bedaque questiona se o ônus da prova não seria um falso problema: “a prova recai sobre o *fato* [...], não importa assim, saber *a quem* compete provar, mas *o que* deve ser provado” [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84].

⁸⁶² Na *common law*, o termo é utilizado em três acepções distintas: ônus de produção da prova (*burden of producing evidence*), ônus da persuasão (*burden of persuasion*), standard probatório (*standard of proof*). [ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*. 3 ed. London: Sweet and Maxwell, 2013, p. 1015]; CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: IBRAC. *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12,529/11): 5 years*. São Paulo, IBRAC, 2017, p. 285- 296. No prelo.