

Denúncia de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos¹

José Inácio Gonzaga Franceschini
Edgard Antonio Pereira
Eleni Lagroteria da Silva

1. Introdução

Em artigo recente, (MATTOS, César,. O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: uma Abordagem de Teoria dos Jogos,  guas de Lindóia, ANPEC, 1996.) o autor analisa, sob o prisma da teoria dos jogos, os potenciais incentivos   conduta anticompetitiva decorrentes do Compromisso de Cessação de Prática (CCP). O modelo, desenvolvido de maneira objetiva e competente pelo autor, permitiu-lhe concluir que “[caso o CCP se torne prática recorrente, o mesmo poderá gerar um forte incentivo   infração “ex-ante”. O CCP seria visto como uma perspectiva de perdão que torna lucrativa a prática infratora.”

A premissa do autor   de que as empresas agirão de forma racional, visando maximizar os benefícios da infração, comparando-os com os custos - financeiros e de reputa o - decorrentes de uma eventual condena o, e a probabilidade de vir a ser celebrado com o CADE um compromisso de cessa o.

Nossa intenção no presente artigo   analisar o outro lado da moeda: as vantagens, para o Representante, da denúncia de prática anticompetitiva infundada ou de má fé e os prejuízos para a sociedade dela decorrentes.

De fato, a literatura tem chamado atenção para a má utiliza o e tentativas de desvio de finalidade dos instrumentos postos   disposi o da sociedade para a defesa da concorrência. Em Franceschini (1996), l -se, em referência aos princípios para apura o de infrações, que “[tais princípios, todavia, não impedem o mau uso (ou abuso) das autoridades públicas, sejam elas judiciais ou administrativas, para fins anticoncorrenciais. Em verdade, não   incomum verificar-se a formula o de representa es perante o CADE

¹ Edgard Antonio Pereira   professor do Departamento de Teoria Econ mica do Instituto de Economia da UNICAMP, doutor em Economia Industrial pelo Instituto de Economia Industrial da UFRJ, *ex-visiting scholar* da Universidade da Califórnia, Berkeley. Eleni Lagroteria da Silva   doutoranda em economia pela Faculdade de Economia e Administra o da USP. José In cio Gonzaga Franceschini   advogado, sócio da Franceschini e Miranda Advogados Os autores agradecem os comentários e sugestões de João Paulo Garcia Leal e Alexandre Schwatzman.

com o objetivo de tão-somente afastar a concorrência prejudicando o concorrente, acarretando-lhe pesado ônus processual, bem como sujeitando-o à execração e alarde públicos.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. SP, Malheiros Editores, 1996, pág. 27). Prossegue o autor afirmando que “[tais recursos predatórios, quando repercutirem no mercado, merecem imediato repúdio e a rejeição liminar da denúncia, sujeitando-se o Representante, neste caso, sim, o Processo Administrativo por eventual infração à ordem econômica pela criação de dificuldades, sem prejuízo de possível configuração de denúncia caluniosa.”(ibidem).

Os efeitos da apresentação de denúncia de prática anticompetitiva são expressivos e assimétricos para denunciante e denunciado. Em recente estudo, BIZJAK e COLES (1995). analisam, de um universo de 1959 casos de denúncia de prática anticompetitiva apresentados em cinco distritos americanos (*Atlanta, Chicago, Kansas City, New York e San Francisco*), o subconjunto daqueles em que as empresas - denunciante e denunciada - tem cotação nas Bolsas NYSE e AMEX. Os autores avaliam as perdas e ganhos, em termos de alterações do valor de mercado das companhias envolvidas, e, apoiados em extensos estudos econométricos, concluem que as empresas denunciante começam a perceber ganhos a partir do momento que entram com a representação e sustentam que existem significativos efeitos positivos no valor de mercado das empresas denunciante acompanhado de importantes perdas para as empresas denunciadas. (BIZJAK, John M. and COLES, Jeffrey L. *The Effect of Private Antitrust Litigation on the Stock-Market Valuation of the Firm*, *The American Economic Review*, Vol. 85, Nº 3, June, 1995)².

Além de fonte de ganho econômico para o denunciante, a denúncia de prática anticompetitiva pode, em verdade, ser uma resposta, talvez a mais simples e menos onerosa para o denunciante, ao acirramento da concorrência no mercado. Tal possibilidade foi analisada por Charles Rule, então Procurador Geral Assistente da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, na Reunião Anual da *American Bar Association* de 1988. (RULE, Charles F. *Claims of Predation in a Competitive Marketplace: When is a Antitrust Response Appropriate?* Toronto, 1988 Annual Meeting, American Bar Association, August, 1988. Tradução livre). Avaliando as repercussões da entrada em vigor do Acordo de Livre Comércio entre Estados Unidos e Canadá e o aumento da pressão competitiva sobre as empresas

² “A perda média de valor para as denunciadas é de aproximadamente 0,6% do valor das ações da firma, ou uma perda média de US\$ 4 Milhões. ... O ganho médio da denunciante é de aproximadamente 1,2% do valor das suas ações, ou o equivalente a uma média de US\$ 3 Milhões.” BIZJAK e COLES (1995), op. cit., pág. 437. Tradução livre.

americanas e canadenses dele decorrentes, Rule sustenta que “[f]ace à perspectiva de aumento da competição e impossibilidade de conseguir novas barreiras tarifárias e comerciais, algumas firmas americanas e canadenses provavelmente virão chorar junto às autoridades antitruste ou às cortes. Esses competidores desapontados provavelmente reclamarão que a pressão competitiva que estão sofrendo é resultado de “comportamento estratégico” desleal, “preços predatórios” ou - um lema ouvido muito freqüentemente hoje em dia - “elevação de custos dos rivais”, destinada a retirá-los do negócio ou impedir sua entrada.”

Desnecessário assinalar quão similar pode ser esta situação com a atualmente vivida pela economia brasileira, motivada pela abertura às importações.

Perguntando-se sobre o que devem as autoridades fazer face a essas reclamações, Rule é taxativo: nada.

O CADE, entretanto, é obrigado acolher e julgar todas as representações que lhes sejam apresentadas, mesmo que, à primeira vista, pareçam improcedentes. Além dos condicionantes legais, a própria insipiência da cultura da concorrência na sociedade brasileira faz com que uma das tarefas primordiais do Conselho seja, justamente, difundir essa cultura e incentivar a utilização dos instrumentos legais disponíveis. Entretanto, cabe ao CADE ser, ao mesmo tempo, agente educador nesse processo de aprendizado. Por isso, é importante que o Conselho desestimule a apresentação de representações descabidas e incentive a formulação de denúncias consistentes e bem fundamentadas, até mesmo como recurso didático, no curso da consolidação do aparato institucional da defesa da concorrência.

A maneira e os mecanismos pelos quais esse objetivo será alcançado somente a prática e o bom senso poderão definir.

O modelo apresentado neste trabalho é uma contribuição a esse debate. Coloca em destaque a interação entre os condicionantes privados da decisão de apresentar denúncia de prática anticompetitiva e os custos sociais envolvidos na atuação do sistema de defesa da concorrência. O objetivo é definir as condições necessárias, formalmente, para que as denúncias apresentadas ao CADE fossem, primordialmente, aquelas que apresentassem boa probabilidade de serem julgadas procedentes. O modelo, por definição, restringe-se aos aspectos econômicos do tema. O enquadramento jurídico da proposição apresentada são expostos no próximo item.

2. A Equação Jurídica

Ubi urbi, ibi jus. Onde quer que exista uma sociedade humana, sempre haverá o Direito.

Ao fato jurídico de que trata o brocardo corresponde a norma, a tutela do Direito: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura” (Código Civil, art. 75). Diria o sempre eterno mestre, CLOVIS BEVILÁQUA (“Código Civil”, vol. 1, ed. 1916, pág. 323), que a ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva. A ação, tecido tegumentar do direito, protege a parte nuclear do interesse, desdobrando-se em ação no sentido processual, de *jus perseguendi in judicio quod nobis debetur*.

Por outro lado, o direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal) é uma garantia fundamental do indivíduo. Não é ele porém irrestrito, delimitando-o a Carta Magna à “defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso do poder”.

Empregado em desconformidade com a finalidade social da Lei e as exigências do bem comum, transmuta-se em abuso, mais precisamente, em “abuso de direito”. Já o reconheciam tanto o Direito Romano, este embora precariamente (*summum ius, summa iniuria*), como o Canônico, que consagrou a doutrina da *aemulatio*, ambos reconhecendo a possibilidade de o direito ser exercido abusivamente.

Contrapõem-se dois conceitos, apenas aparentemente antinômicos: *qui jure suo utitur neminem laedit* e de outro *malitiis non est indulgendum*. No Direito da Concorrência, diante do conflito, há de prevalecer o interesse da Coletividade, titular do bem jurídico protegido (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

Com efeito, demanda o Direito Positivo, ex vi do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que a Lei seja aplicada de forma a atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O exercício normal de um direito não constitui qualquer coação (art. 100 do Código Civil), mas o uso egoístico do direito, contrário ao interesse social, encontra repúdio e remédio na norma, dado que aquele que, por ação, voluntária ou culposa, causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano (art. 159 do Código Civil). Já dizia TOBIAS BARRETO (“Estudos de Direito”, 1951, pág. 105), que o direito é um meio para a realização da paz social e não um instrumento de satisfação de interesses puramente individuais.

O exercício anormal do direito encontra, de *lege lata*, resposta explícita no Direito alemão, cujo Código Civil, art. 226 reza: “o exercício de um direito não é permitido quando tem por fim único causar prejuízo a outrem”. À norma escrita do Direito tedesco corresponde a pacífica doutrina e jurisprudência nacionais, unicamente dividida no tocante à necessidade ou não do elemento subjetivo ao reconhecimento da figura. Alheio ao tormentoso debate, contenta-se, para as finalidades exclusivas do presente trabalho, com a demanda do dolo, posto que, neste pormenor, a doutrina é virtualmente

pacífica: todo aquele que, de má-fé, move representação contra outrem, por pretensa ofensa à ordem econômica comete “abuso de direito”.

O fenômeno não é nacional, consagrando-o, *mutatis mutandis*, o Direito Antitruste norte-americano, na análise casuística de *Eastern Railroad Conference vs. Noerr Motor Freight* (365 U.S. 127, 81 S.Ct. 523 (1961)). Com respaldo no direito constitucional de petição previsto na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, lembra HERBERT HOVENKAMP (“*Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*”, ed. 1964, pág. 636) que “*the right to petition the government also includes the right to file a lawsuit or to bring a complaint before an agency acting in quasi-judicial capacity*” (em vernáculo, “o direito de petição ao Estado também inclui o direito de ajuizar uma ação ou de formular uma representação perante uma agência com competência quasi-judicial”).

Recorda-se, contudo, que esse direito, em matéria concorrencial (como em outras), não é irrestrito, registrando o mestre, exemplificativamente, o caso *Walker Process Equipment vs. Food Machinery & Chemical Corp.* (382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347 (1965)), em que “*the Supreme Court held that the wrongful filing of a civil suit could constitute an antitrust violation*” (em vernáculo, “a Corte Suprema decidiu que o ajuizamento em má-fé de uma ação civil pode configurar uma violação à legislação antitruste”). Assim tanto neste caso, como em *California Motor Transport Co. Vs. Trucking Unlimited* (404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609 (1972)), se sugere que o exercício do direito de petição em má-fé não estava amparado pela imunidade conferida pela doutrina Noerr (*opus cit.*, pág. 637).

De fato, a jurisprudência (*case law*) antitruste norte-americana estabeleceu, em princípio, quatro hipóteses de exceção à imunidade constitucional prevista em Noerr: (a) declarações falsas (*misrepresentations*) por parte do autor ou representante; (b) conspiração entre o representante e o funcionário público encarregado (*co-conspiration*); (c) suborno (*bribery*) e (d) emulação (*sham petitioning*).

No caso brasileiro, é bem verdade que o art. 83 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1997, remete à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil., permitindo ao hermenêuta haurir os ensinamentos e parâmetros extensivos do art. 17 desse diploma instrumental civil básico. Afirma-se desde logo, para se evitar controvérsias de outra ordem, que é este preceito, como tal, no tocante às relações processuais entre o Representante e o Representado, inaplicável ao processo penal-econômico destinado á apuração das condutas anticoncorrenciais e sua repressão (embora o seja nas relações entre o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE e o Representado), uma vez não ser o Representante parte ou interveniente (mas mero informante) no correspondente “Processo Administrativo”.

De qualquer modo, descreve, com precisão, as hipóteses em que uma representação possa ser formulada de má-fé, ou seja, quando o representante:

- a) deduzir pretensão contra texto expresso da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
- b) alterar a verdade dos fatos em sua qualidade como informante;
- c) usar do processo penal-econômico para conseguir (ainda que não colime seus propósitos) objetivo ilegal, ou seja, quaisquer dos efeitos previstos no art. 20 da Lei da Concorrência, constituindo a representação, neste caso, nítida hipótese (dentre outros delitos-meio possíveis) de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente o financiador de bens ou serviços (inciso V do art. 21 do mesmo diploma);
- d) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo penal-econômico; ou
- e) provocar incidentes manifestamente infundados.

Neste ponto, cumpre ter em mente a lição de PONTES DE MIRANDA (“Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo I, pág. 387), quando afirma que a regra jurídica não é de interpretar-se por analogia, nem cabe recorrer-se a princípios gerais de direito. O que se deve é explicitar cada um dos conceitos acima, cabendo à Justiça verificar se o caso em exame entra em algum desses conceitos.

E alerta o preclaro mestre (*opus loc. Cit.*) que o que primeiro se observa é que, como já dito, não se anuiu em se ser indiferente ao elemento subjetivo, se bem que não o ponha em relação causal. Não se exige que tenha sido a causa das perdas e danos sofridos pelo Representado; basta que tenha havido o fundamento no processo, em sua origem. Origem do processo, e não dos danos. O elemento subjetivo pode ser, apenas, causa remota.

Continuando a usufruir da lição: quem demanda pede justiça. Se, em vez de se essa urgência de prestação para-jurisdicional o que conduz às autoridades competentes o Representante, e algum daqueles motivos que prepondera, está composta a figura do abuso do direito, no campo processual penal-econômico. A justa decisão passou à segunda plana. Perverteu-se o processo. Conspurcou-se o exercício à tutela jurídica.

A Representação de má-fé, de lege ferenda a ser consagrada no Estatuto Concorrencial básico, acarreta, forçosamente um dano, tanto ao Estado como, com maior intensidade, à Coletividade e ao Representado, um dano injusto, em contrariedade às finalidades sociais da norma jurídica. Sofre, com ela, o Representado não apenas danos materiais, como também morais, ambos passíveis de reparação mediante ação própria.

Confirma essa necessidade, com maestria, o voto do Conselheiro do CADE, Dr. ANTONIO CARLOS FONSECA, quando do julgamento do Processo Administrativo nº 03/91, em 18 de junho de 1997, em que foi Representante o antigo Departamento de Acompanhamento e Preços - DAP, do então Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, e Representada a indústria nacional de pneumáticos:

“Tenho afirmado que a justiça antitruste é cara porque tem que ser bem aplicada, resguardando a imagem do agente que não deve ser afetada a não ser na presença de veementes indícios de infração”.

Acarretando dano ao Estado e ao Representado, a representação de má-fé caracteriza-se como *ato ilícito* (art. 159 do Código Civil), por ferir a ordem jurídica. Não se trata, portanto, de qualquer aplicação subsidiária do principal processual civil da sucumbência. Mesmo porque, não sendo o Representante parte no processo penal-econômico, lhe é estranho o conceito. O abuso no direito de representação, porém, acarreta, inarredavelmente, a responsabilidade patrimonial pela reparação do dano.

Diversas são as possibilidades e motivações para a representação de má-fé. A distinção dentre estas não é inócua. A representação de má-fé pode ser formulada por um concorrente do Representado, como por outro terceiro interessado.

A experiência demonstra, com certa frequência, representações formuladas por motivos meramente comerciais, políticos, eleitoreiros ou “carreiristas”, muitas vezes em pretensa “defesa” de setores ou segmentos, mas em geral com finalidades espúrias (e.g. como forma de pressão para a obtenção de “acordos” financeiros ou vantagens politiqueras ou mercantis), diversas da motivação concorrencial etc. Contribuem, igualmente, intuits menos vis, como ideológicos, pessoais ou de simples perseguição, em geral contra indústrias ou segmentos chamados “*de griffe*”, sempre com resultados detrimntosos para os interesses da Coletividade. Nestes casos, a representação de má-fé gera, sob o prisma civil, a obrigação de ressarcimento pecuniário, tão-somente.

Também comuns são as representações inidôneas apresentadas entre agentes nas relações de mercado, seja no plano horizontal (concorrente contra concorrente), seja no vertical (fornecedores-fabricantes/prestadores de serviços-clientes). Nestes casos, o dolo anticoncorrencial leva à necessidade suplementar de instauração do competente “Processo Administrativo” dado a decorrente limitação, falseamento e/ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa (art. 20, inciso I, c/c art. 21, inciso V, da Lei nº 8.884/94), com vistas à imposição da multa e das penas acessórias contempladas nos arts. 23 e

24 do mesmo diploma. Não se trata, nesta hipótese, de “reconvenção”, conceito estranho ao processo penal-econômico, a despeito da subsidiariedade do Código de Processo Civil.

Por fim, notadamente face à natureza penal-econômica do Direito da Concorrência, a representação de má-fé pode ter repercussões no Direito Penal Comum, tais como a eventual tipificação de crimes contra a honra ou a administração da Justiça.

Em qualquer hipótese, presentes não de estar os elementos constitutivos do abuso de direito:

- a) o uso de um direito (*in casu*, o direito de representação ou de instauração *ex officio* de procedimento ou processo persecutório penal-econômico por alegada ofensa à ordem econômica);
- b) o dano a um interesse não protegido *prima facie* por uma prerrogativa jurídica específica (como o é o do agente econômico surpreendido pela representação de má-fé); e
- c) a imoralidade ou a contrariedade ao interesse da Coletividade desse dano, manifestada em forma subjetiva (quando o exercício do direito visa apenas prejudicar ou, em outras palavras, não desfrute de um fim legítimo).

Em resumo, que se tenha em mente, que a chamada “cultura da concorrência”, interesse legítimo da Coletividade, representa um *bem jurídico protegido*, e não um bem “interesseiro”, a serviço de interesses individuais

3. O Modelo

O modelo começa definindo o custo e o benefício social do processo de apuração de prática anticompetitiva, bem como o objetivo da sociedade na atuação do sistema de defesa da concorrência.

Custo e benefício social:

O custo e o ganho social da apuração da denúncia podem ser expressos por:

K = Custo social do processo (recursos do governo envolvidos na apuração da denúncia);

F = Ganho social com a eliminação da prática anticompetitiva;

A *condição de eficiência* do CADE pode ser definida como $K \leq F$. Vale dizer, os custos sociais envolvidos na apuração do processo devem ser menores do que o ganho resultante do fim da prática anticompetitiva.

Dado que:

- (a) define-se “p” como a probabilidade de que o processo seja julgado procedente ($0 \leq p \leq 1$) e;
- (b) a improcedência da denúncia (com probabilidade igual a $(1-p)$) implica a inexistência de benefícios dela resultantes;

a expectativa de custos sociais líquidos é :

$$p.(K-F) + (1-p).K = K - pF \quad (1)$$

Objetivo social:

Para a sociedade os benefícios sociais esperados “p.F” devem ser superiores aos custos sociais de apuração das denúncias K, ou seja

$$\begin{aligned} pF - K &\geq 0 && \Rightarrow \\ p &\geq K/F \end{aligned} \quad (2)$$

Do objetivo social acima descrito decorre que a probabilidade de que a denúncia seja julgada procedente deve ser maior, ou no mínimo igual, à relação custo social/benefício social do processo.³

Essa relação nos permite avançar no desenvolvimento do modelo e apresentar a condição básica para que sejam apresentadas ao CADE, majoritariamente, denúncias com boa probabilidade de serem consideradas procedentes. Este objetivo se cumprirá somente se o denunciante vislumbrar alguma perda - econômica ou de reputação - no caso em que sua denúncia não seja aceita. Não é simples, técnica e juridicamente, definir que tipo de penalidade, se alguma, pode ser aplicada a um denunciante. Entretanto, somente a introdução de algum risco associado à denúncia induzirá o denunciante potencial a avaliar os possíveis resultados de sua atitude, resultando em ganho de eficiência do sistema. Nas conclusões do artigo faremos algumas considerações sobre o tema. Por ora prossigamos na definição algébrica dessa perda.

Denunciante:

O denunciante tem uma expectativa de ganho líquido com a representação igual a

$$U = G - (1-p).M \quad (3)$$

onde:

³ Os benefícios F não se restringem aos simples ganhos dos consumidores com a restauração da concorrência. Eles podem, obviamente, refletir uma “demanda por justiça” em si mesma. Neste caso, ainda que os benefícios sociais decorrentes com da cessação da prática anticompetitiva sejam pequenos os benefícios F podem ser muito elevados.

G = ganho esperado do denunciante com o resultado da sua denúncia;

M = perda do denunciante em caso de improcedência.

É importante observar que o ganho G independe da procedência da denúncia. O representante pode ganhar com o fim da prática anticompetitiva, se ela realmente existir, e pode ganhar com a deterioração da imagem da empresa denunciada após a acusação.

Para que o representante se sinta estimulado a apresentar a denúncia apenas quando a probabilidade de ser julgada procedente for maior do que K/F tem-se que impor

$$U \geq 0 \quad \text{quando } p \geq K/F,$$

$$G + (1-p).M \geq 0$$

⇓

$$M \leq G / (1-p) \quad (4)$$

Desse modo, o valor $G / (1-p)$ é o teto máximo que a perda pode atingir para que esse representante potencial denuncie a prática anticompetitiva. Então, já é possível escolher um valor crítico p^* que satisfaça o objetivo social.

Fazendo $p^* = K/F$ e substituindo p por p^* define-se a perda

$$M = G / (1-p^*) \quad (4')$$

O cálculo da “vantagem” que o denunciante potencial faz é dado por (3)

$$U = G - (1-p).M$$

Substituindo (4') em (3) temos que

$$U = G - (1-p) \cdot \left[\frac{G}{(1-p^*)} \right]$$

⇓

$$U = G \cdot \frac{(p - p^*)}{(1 - p^*)}$$

Da equação (6) acima sabe-se que os ganhos líquidos do denunciante só serão positivos quando

$$(p - p^*) > 0, \text{ ou}$$

$$p > K/F.$$

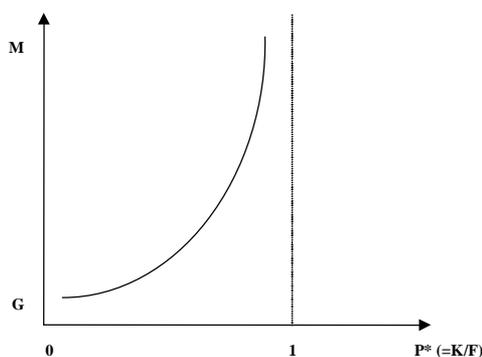
Assim, estimulam-se denúncias com benefícios líquidos para a sociedade.

Relação entre a perda do denunciante e o custo/benefício envolvido no processo

Dada a expectativa de perda do denunciante com a representação infundada, a magnitude dessa perda varia proporcionalmente com o valor crítico p^* , dado pela relação K/F .

Sendo $M = G / (1-p^*)$, a perda potencial por denúncia improcedente deve ser tanto maior quanto maior for a relação custo social/benefício social envolvida no processo, tendendo a infinito quando a relação K/F tender à unidade e à G quando a o custo social do processo tender a zero.

O diagrama abaixo descreve esta relação:



Tenha-se em mente que a “função perda” acima descrita é válida apenas para os casos de denúncias infundadas. Ainda que não houvesse nenhum custo social na consecução do processo, o agente denunciante de má fé deveria incorrer em alguma “perda” por sua atitude, correspondente ao valor G que ele espera auferir quando deliberadamente prejudica seu concorrente. Este resultado demonstra que mesmo, hipoteticamente, não houvesse custos sociais no uso do aparelho administrativo ou jurídico, o denunciante de má fé deveria ter seus ganhos esperados zerados. O modelo de determinação de perdas mostra as condições em que essa hipótese se cumpriria, evitando que empresas viessem a fazer da denúncia de práticas anticompetitivas seu “meio de vida”.

Relação entre os ganhos líquidos do denunciante e a probabilidade de se julgar a causa procedente

Uma vez estimado o valor da perda para a denúncia improcedente (tomando o ganho G como um dado), como estimar a expectativa de ganho líquido U do denunciante em função da probabilidade de se julgar a causa procedente?

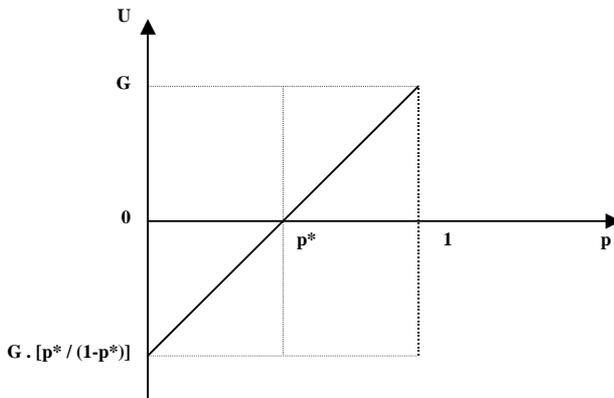
Sabe-se por (6) que o ganho líquido do denunciante é dado por:

$$U = [G \cdot (p - p^*)] / (1 - p^*)$$

↓

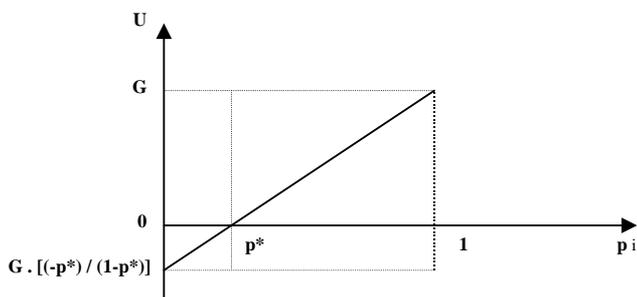
$$U = \left[\frac{G}{(1 - p^*)} \right] \cdot p - \left[\frac{(G \cdot p^*)}{(1 - p^*)} \right]$$

Esta é uma equação linear da forma $U = a \cdot p + b$, que é representada como se segue:



Da expressão e do diagrama acima vê-se que o ganho líquido esperado máximo U é igual ao ganho esperado do denunciante com o fim da prática anticompetitiva e o prejuízo máximo esperado depende da relação $p^*/(1-p^*)$. Quanto maior p^* (ou seja, a relação custo social / benefício social do processo) maior será o prejuízo esperado da empresa denunciante em entrar com a representação caso a denúncia seja considerada improcedente. A título de ilustração, mostra-se a seguir os gráficos relativos a três situações hipotéticas: $p^* \leq 0,5$, $p^* = 0,5$ e $p^* \geq 0,5$.

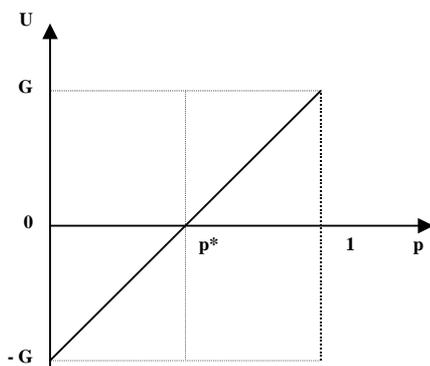
$$\text{Caso A: } p^* \leq 0,5 \quad \Rightarrow \quad [G \cdot (-p^*)] / (1-p^*) \geq -G$$



Observe que quando p^* é inferior a 0,5 (os custos do processo são menos que 50% dos benefícios sociais esperados) a expectativa de prejuízo do denunciante é menor que a expectativa de ganhos

Considerado o baixo custo/ benefício da sociedade esta relação induz um maior número de processos administrativos junto ao CADE.

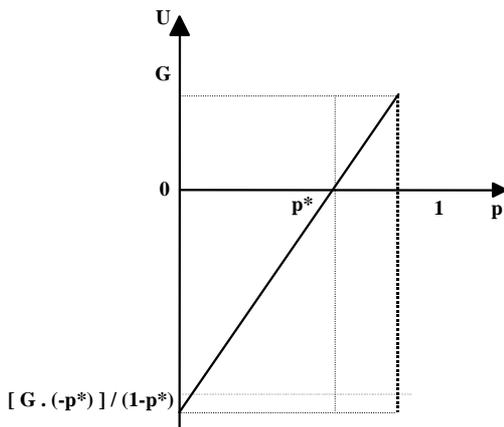
$$\text{Caso B: } p^* = 0,5 \quad \Rightarrow \quad G \cdot [(-p^*) / (1-p^*)] = G \cdot [(-0,5) / (0,5)] = -G$$



Apenas na situação muito particular em que a relação custo/benefício para a sociedade for de 50% os prejuízos esperados do denunciante de má fé são proporcionais aos ganhos esperados. O denunciante tem que supor que seu caso tem mais de 50% de chance de ser julgado procedente para apresentar a denúncia.

$$\text{Caso C: } p^* \geq 0,5 \quad \Rightarrow \quad G \cdot [(-p^*) / (1-p^*)] \leq -G$$

No caso em que os processos administrativos são extremamente custosos para a sociedade, impõe-se perdas mais que proporcionais aos ganhos esperados.



Nestes casos, o denunciante apresentaria a denúncia apenas quando vislumbrasse uma probabilidade de aprovação próxima de 100%.

4. Conclusões

A utilização ilícita da legislação de defesa da concorrência como instrumento de disputa comercial ou com finalidades anticompetitivas é um mal que deve ser combatido, a fim de se preservar os objetivos da Lei em sua essência, otimizando o uso dos recursos públicos empregados na execução da Lei.

Neste artigo apresentamos um modelo que indica as condições em que seria desestimulada a apresentação de denúncias infundadas ou de má-fé. A premissa é que enquanto o denunciante não vislumbrar algum tipo de perda resultantes de sua Representação, não há nada que impeça o uso do aparato institucional de defesa da concorrência para fins comerciais e/ou anticompetitivos.

O modelo proposto baseia-se nos de escolha envolvendo risco. Considera-se esse instrumental o mais adequado a situações em que não se sabe a priori as intenções do agente decisor.

O enquadramento jurídico apresentado pode ser resumido, no esteio do bem lançado artigo do Prof. e Magistrado, Dr. CLÁUDIO ANTÔNIO

SOARES LEVADA, intitulado “Anotações sobre o Abuso de Direito”, RT 667, págs. 49/50, como segue:

- a) o exercício abusivo do direito de representação fere frontalmente o ordenamento jurídico concorrencial, ainda que aparentemente conforme à lei; caracteriza-se aí como um ato ilícito;
- b) por ser ilícito, o ato abusivo gera a responsabilidade do Representante ao ressarcimento dos danos que injustamente tenha causado à Coletividade, ao Representado, ao Estado e a terceiros; e
- c) a configuração do abuso de direito dependerá da análise judicial, em cada caso concreto, de haver o ato sido praticado em desconformidade com a finalidade social da lei e às exigências do bem comum.

Deliberadamente não tipificamos os diferentes tipos de “perdas” aos representantes cujas denúncias se comprovarem infundadas. Acreditamos, entretanto, que, aceito o princípio, não seria difícil imaginar um conjunto de atos a serem comandados pelo CADE que pudessem cumprir essa função.

Referências

- BEVILÁQUA, Clovis, Código Civil, vol. I, ed. Livr. Francisco Alves, RJ, 1916.
- BIZJAK, John M. and COLES, Jeffrey L. *The Effect of Private Antitrust Litigation on the Stock-Market Valuation of the Firm*, The American Economic Review, Vol. 85, N° 3, June, 1995.
- CALKINS, Stephen, “Developments in Antitrust and the First Amendment: The Disaggregation of Noerr”, Antitrust Law Journal, vol. 57:2, págs. 327 e ss., 1988.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. SP, Malheiros Editores, 1996, pág. 27.
- HAY, George A., “Single Firm Conduct”, Antitrust Law Journal, vol. 57:1, págs. 75 e ss., 1988.
- HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice, West Publishing Co., St. Paulo, Minn., EUA, 1994.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares, “Anotações sobre o Abuso de Direito”, RT 667/ 44 e ss.
- MATTOS, César. O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: uma Abordagem de Teoria dos Jogos, Águas de Lindóia, ANPEC, 1996.
- MIRANDA, Pontes de, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, ed. Forense, RJ, 1974.

NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil, 27a. Edição, ed. Saraiva, SP, 1996.

ROMERO, Ignacio de Casso y e JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco Cervera y, Diccionario de Derecho Privado, tomo I, ed- Edotiral Labor, Barcelona, Espanha, 1954.

RULE, Charles F. Claims of Predation in a Competitive Marketplace: When is a Antitrust Response Appropriate? Toronto, 1988 Annual Meeting, American Bar Association, August, 1988.

YASSIM, Assad Amadeo “Considerações sobre Abuso de Direito”, RT 538/16 e ss.