

O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: Uma Abordagem de Teoria dos Jogos

César Mattos¹⁶

I) Introdução

O artigo procura explicar as vantagens do instituto do Compromisso de Cessação de Prática (CCP) previsto na Lei 8.884/94 (Defesa da Concorrência), mas também apontando um potencial defeito do mesmo: Incentivar “ex-ante” a prática da infração. É utilizado um jogo seqüencial apresentado na forma extensiva, efetuando-se a análise do mesmo através da noção de equilíbrio perfeito em sub-jogos. Esse tipo de consideração será fundamental para que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que é o órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, utilize esse instrumento (ou não o utilize) da forma mais proveitosa.

A seção II apresenta uma noção básica sobre o que é o CCP do ponto de vista econômico. A seção III discute o incentivo que um potencial infrator “i” apresenta de realizar a prática anti-competitiva. Para efeito dessa análise, essa seção é subdividida em uma primeira subseção III.1 que avalia os condicionantes dos benefícios gerados ao infrator e uma segunda subseção que analisa o custos que podem ser impingidos ao mesmo. Nessa seção já são apresentadas as equações básicas que comporão o modelo. A seção IV apresenta uma breve introdução simplificada do instrumental da teoria dos jogos utilizado no modelo exposto na seção V. Esse modelo dispõe um jogo entre o infrator potencial e o CADE (este último representando os prejudicados pela prática anticompetitiva), analisando o incentivo à infração implícito no mecanismo. A Seção VI fica reservada para as conclusões.

II) O Que é o Compromisso de Cessação de Prática?

A agilidade que o sistema econômico demanda em relação às decisões pertinentes à defesa da concorrência nos Países desenvolvidos foi

¹⁶ César Mattos é mestre em Economia pela PUC/RJ e assessor processual do CADE.

gerando a necessidade de os órgãos responsáveis procurar contornar os trâmites normais dos processos e restaurar, de imediato, as condições concorrenciais.

Nos EUA, há o que se chama de “Consent Decree”, no qual a legislação brasileira se inspirou. A Lei 8.884/94 em seu artigo 53 procura efetivamente consolidar um instrumento fundamental para a obtenção daquele resultado: o Compromisso de Cessação de Prática (CCP).

Segundo a Conselheira Neide Mallard, em seu voto no processo de fertilizantes (1994), o procedimento “tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais”, evitando ainda os altos custos financeiros normalmente inflingidos a todas as partes envolvidas. É inequívoca a desejável redução da incerteza no processo.

É importante destacar ainda que a utilização do instrumento presume que restaurar de imediato a concorrência é tão ou mais importante que a repressão em si para a economia. Na verdade, mais importante que a repressão é a credibilidade da ameaça representada por ela, por prevenir a própria ocorrência da infração.

O CCP corresponde a um acordo assinado entre o CADE e a parte acusada, obrigando-se esta última a não cometer os atos pelos quais está sendo acusada nos termos assinados, sob pena de retomada do curso do processo e aplicação da multa, caso se comprove a infração.

Note-se que a parte acusada pode realmente não ter cometido a infração. Nesse caso específico, observam-se dois pontos positivos e um negativo. Os positivos são os seguintes:

i) a parte acusada não teria nenhum problema em assinar o compromisso, já que os termos do mesmo já estavam sendo cumpridos, independente da existência do próprio e;

ii) as possíveis acusações improcedentes, em que, inclusive, pode ter havido má fé por parte do acusador, são inibidas.

O aspecto negativo, no caso de improcedente a acusação de prática de infração, é que, sem embargo, nos termos da Lei, a assinatura do compromisso pode ser interpretada no mercado como uma confissão de culpa. Isso é possível, haja visto o alto grau de desinformação em relação a esse instrumento específico, o que está inserido na questão mais geral, que é a falta de uma cultura de defesa da concorrência no Brasil. De qualquer forma, se esse problema de reputação for considerado incontornável pela acusada que se

julga inocente, restar-lhe-ia a escolha de dar prosseguimento ao processo de forma a demonstrar sua inocência.

É importante destacar que o CCP deve ser amplamente negociado entre o CADE, a(s) parte(s) acusada(s) e a(s) parte(s) que alega(m) estar sendo prejudicada(s).

O principal *appeal* que a parte acusada tem para aderir ao compromisso é a desnecessidade do reconhecimento da infração e a sua não punição, dado que o processo fica suspenso por um prazo determinado no próprio compromisso. Findo esse prazo e com o acusado dando mostras de que se portou de acordo com os padrões concorrenciais, impõe-se o arquivamento do processo. Por outro lado, o descumprimento do acordo implica multas e retomada do processo. É fundamental que essas multas e a expectativa de retomada e conclusão rápidas e eficientes do processo sejam suficientemente altas, de forma a configurar um sistema de punições críveis ao descumprimento do acordo. Do ponto de vista estritamente legal, essa condição se verifica, conforme será visto na seção III.2.

É importante enfatizar também a flexibilidade do instrumento, o que é uma outra característica notoriamente desejável para a economia. O compromisso de cessação de prática, de acordo com o parágrafo 3 do Artigo 53 poderá ser alterado *a posteriori* pelo CADE, “se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica”.

III) Incentivo à Infração

III.1) Os Benefícios da Infração para o Infrator

A despeito das nítidas vantagens do instrumento, é fundamental alertar para um possível efeito indesejável do CCP: A expectativa de celebração do mesmo pode incentivar o infrator a iniciar uma conduta anticompetitiva. Essa última não ocorreria caso não houvesse a perspectiva desse perdão temporário e condicionado que é o CCP. Ou seja, presume-se que a expectativa de punição do infrator pelo CADE é que inibe comportamentos anticompetitivos, o que poderia ser atenuado pela perspectiva de um CCP, no caso de um eventual processo.

Para caracterizar melhor essas questões, apresentamos, em seguida, um modelo que leva em consideração as variáveis básicas do problema

Primeiramente, é importante considerar que a principal variável que gera estímulo a uma conduta anticompetitiva é o diferencial de lucros obtido em relação à situação de não empreendimento do comportamento anticoncorrencial. O potencial infrator levará em consideração principalmente a expectativa do tempo “E(ti)” durante o qual conseguirá manter esse comportamento anticompetitivo e, portanto, aquele diferencial de lucros, sem ter um processo representado no CADE e devidamente punido por decisão do órgão. Dessa forma, podemos definir o benefício líquido (Bi) derivado da conduta anticompetitiva que o potencial infrator “i” considera como derivado do diferencial de lucros líquidos entre a situação com infração e aquela sem infração (Li) através da seguinte equação:

$$Bi = Li = F(E(ti)) \quad (1)$$

Ou seja, o tempo esperado pelo potencial infrator “i” de manutenção da conduta anticompetitiva E(ti) é crucial para definir o incentivo à mesma, o que está configurado na equação “1”. Dessa forma, é importante estabelecer quais as variáveis mais relevantes que afetam E(ti). Observe-se que E(ti) também leva em conta a probabilidade de ocorrer um ou mais processos, onde não é constatada a infração apesar dessa, de fato, existir. Essa probabilidade é tão maior quanto menor a força econômica, a experiência e a quantidade de informações disponíveis aos acusadores e prejudicados pela conduta anticompetitiva na sociedade em relação à defesa da concorrência. Observe-se que agentes prejudicados com pouca capacidade econômica podem não dispor de recursos para contratar advogados experientes na área.

Além disso, essa probabilidade condicional dos acusados serem absolvidos quando as acusações forem procedentes, também é tão maior quanto menor a eficiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹⁷ (SBDC) e, especialmente, do CADE, o que depende, obviamente dos recursos materiais e humanos disponíveis dos órgãos envolvidos.

¹⁷ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça que recebe a representação dos agentes que se sentem lesados com a conduta anticompetitiva, as instrui e as remete para o CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que atua mais no caso do julgamento de atos de concentração, mas que também pode atuar em processos envolvendo condutas anticompetitivas e o CADE que atua como um tribunal administrativo independente que decide finalisticamente sobre os casos.

Fundamentalmente, a variável $E(ti)$ será condicionada pela existência de uma cultura da concorrência no País, o que inclui a própria difusão de informações sobre o funcionamento do SBDC e, especialmente, do CADE. Quanto menor o nível de informação sobre a existência e funcionamento do CADE, menor a consciência que os agentes prejudicados terão acerca do fato que podem defender seus direitos. O tempo necessário para que a sociedade ganhe maior intimidade com a lógica do SBDC é uma das variáveis mais importantes para reduzir “ ti ” e “ $E(ti)$ ”. Por fim, a agilidade do CADE em julgar os processos também é uma variável crucial, pois estende o período no qual se efetua a prática anticompetitiva. Existem processos que chegaram a ter mais de dez anos no CADE.

III.2) Os Custos da Infração para o Infrator

Uma conduta anticompetitiva para o infrator apresenta basicamente dois custos: O custo financeiro em termos de multas e outras penalidades definidas pelo CADE os quais designaremos de “ mi ” e a deterioração da reputação do infrator “ ri ”.

Quanto ao primeiro, os artigos 23 a 27 do capítulo III da Lei 8.884/94 definem o sistema de penalidades cabíveis no caso de práticas anticompetitivas, sendo seus itens, resumidamente, os seguintes:

- No caso de empresas, multa de 1 a 30% do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício excluídos os impostos, **a qual nunca será inferior à vantagem auferida**, quando quantificável, havendo cominação em dobro na eventualidade de reincidência;
- Multa de 10 a 50% do valor da multa aplicável à empresa para o administrador da mesma que tenha sido responsável pela infração, havendo cominação em dobro na eventualidade de reincidência;
- Proibição de participação em licitações públicas em prazo não inferior a 5 anos;
- Recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes do infrator;
- Não concessão de parcelamento de tributos federais ao infrator;
- Cancelamento dos eventuais incentivos fiscais;
- Cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato necessário para eliminar os efeitos nocivos à concorrência.

A expectativa de prejuízo relacionado com esse conjunto de penalidades é que definirá o custo financeiro global esperado da infração “ mi ”.

No que tange ao segundo tipo de custo, é fato que a existência de um processo no CADE, configura-se como um elemento de redução da reputação do infrator. Em caso de condenação, além da natural veiculação da informação na mídia, a Lei 8.884/94 no inciso I do Art. 24 estabelece que o infrator condenado pode ser obrigado a pagar em jornal indicado pelo CADE, extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas. Isso acentua o custo esperado em termos de redução da reputação “ri” gerada pela condenação.

Sendo assim, podemos designar o custo total esperado “Ci” da infração como o seguinte:

$$C_i = m_i + r_i \quad (2)$$

sendo C_i - o custo total esperado da infração;
 m_i - o custo financeiro total esperado, incluindo multas;
 r_i - o custo esperado em termos de deterioração da reputação.

A utilidade total do agente potencialmente infrator “i”, juntando as equações “1” e “2” seria simplesmente:

$$U_i = B_i - C_i \quad (3)$$

$$U_i = F(E(t_i)) - m_i - r_i \quad (4)$$

O infrator potencial irá proceder à infração sempre que $U_i > 0$. É importante colocar que, conforme a redação do inciso I do Art. 23, quando os lucros auferidos em excesso a partir da conduta anticompetitiva forem quantificáveis, a multa, no caso de empresa, sempre será superior àqueles. Nesse caso, teríamos sempre que:

$$F(E(t_i)) < m_i \quad (5)$$

Ou seja, o potencial infrator “i” nunca teria incentivo a cometer a infração, pois $U_i < 0$. No entanto, na prática, isso não se verifica por vários motivos¹⁸, abrindo a possibilidade para que $F(E(t_i)) > m_i$. A adoção

¹⁸ Especialmente pelo fato de que a quantificação das vantagens auferidas pelo infrator são normalmente difíceis de se fazer fora da empresa, especialmente em órgãos públicos como o CADE. Poderia-se supor, por exemplo, que o CADE possui informação imperfeita acerca das vantagens auferidas. Essa hipótese complicaria

ou não do comportamento infrator dependeria, nesse caso, também da magnitude da queda na reputação esperada “ri”.

IV) O Equilíbrio de Nash na Teoria dos Jogos: Uma Breve Introdução

Antes de introduzir nosso modelo, faremos uma explanação sucinta sobre o instrumental de teoria dos jogos utilizado nesse artigo. Caso o leitor já tenha intimidade suficiente com a teoria dos jogos pode suprimir essa seção.

A teoria dos jogos compreende um arcabouço teórico que visa estudar o comportamento estratégico de indivíduos ou organizações quando o resultado de suas ações dependerá das ações efetuadas por outros indivíduos e organizações. Esse instrumental é de fundamental importância em qualquer situação onde ocorra interdependência estratégica na decisão dos agentes. Sua aplicação na economia se disseminou bastante na teoria da organização industrial, especialmente no estudo do comportamento dos agentes econômicos em um ambiente de oligopólio onde, naturalmente, há forte interdependência estratégica.

O primeiro conceito importante a ser apresentado é o de “equilíbrio de Nash”. De acordo com Tirole (1988), “a Nash equilibrium is a set of actions such that no player, taking his opponents actions as given, wishes to change his own actions”. É importante observar que o equilíbrio de Nash apenas se define “a posteriori”, ou seja, apenas após os agentes (doravante designados jogadores) terem efetuado seus lances finais do jogo. Assim, outra forma de compreender o equilíbrio de Nash é relacionando-o à idéia de “não arrependimento a posteriori”¹⁹. Ou seja, os jogadores se encontram em uma situação de equilíbrio de Nash quando, após o término do jogo, nenhum deles está arrependido dos lances que fez, dados os lances que todos os outros jogadores fizeram.

bastante o modelo desenvolvido, sem ganhos em termos do poder de explicação do mesmo. Assim, admitir-se-á que o CADE, mesmo com informação perfeita sobre os ganhos do infrator, não seguirá rigidamente a letra da Lei. De qualquer forma, a hipótese de que, na prática, não se acredita que o CADE irá punir mais que proporcionalmente os infratores em relação aos seus ganhos, é verdadeira, dado que as condutas anticompetitivas continuam existindo. Isso também vale para os EUA. Conforme Viscusi (1992), “historically, however, fines have been a very weak deterrent”.

¹⁹ Ver Simonsen (1986).

Para exemplificar, suponha um jogo de apenas 1 lance com dois jogadores colocados sem comunicação entre si e duas estratégias possíveis para cada um, representado pela matriz abaixo:

Jogador 2

Jogador 1	l	r
L	2,0	2,-1
R	1,0	3,1

O jogador 1 possui duas estratégias possíveis, L e R, enquanto o jogador 2 possui l e r. Cada célula apresenta dois números. O primeiro número sempre representa o ganho do jogador 1, enquanto o segundo número o ganho do jogador 2. Assim, por exemplo, a combinação de estratégias L do jogador 1 e l do jogador 2 gera um resultado de 2 para o jogador 1 e 0 para o jogador 2.

Pode-se observar que a combinação L e l é um equilíbrio de Nash. Para constatar esse fato, deve-se fazer o seguinte exercício. Primeiro, dado que o jogador 2 escolheu l, a melhor estratégia do jogador 1 seria de fato L, dado que o mesmo ganhou 2 ao invés de 1 caso tivesse jogado R. Segundo, a recíproca é verdadeira. Dado que o jogador 1 escolheu L, a melhor estratégia do jogador 2 seria de l, dado que o mesmo ganhou 0, ao invés de -1, caso tivesse jogado r. Ou seja, a posteriori, nem o jogador 1 e nem o jogador 2 se arrependeram de suas jogadas em L e l, respectivamente, após observadas as jogadas um do outro.

É importante deixar claro que nem todos os jogos apresentam um equilíbrio Nash. Além disso, um mesmo jogo pode apresentar mais de 1 equilíbrio de Nash (múltiplos equilíbrios), o que é o caso do jogo acima, quando se realiza o mesmo exercício para a combinação de estratégias R e r.

A existência de um ou mais equilíbrios de Nash não significa que o mesmo será o resultado do jogo. Conforme Kreps (1990), “being a Nash equilibrium is certainly not sufficient for a strategy profile to be the obvious way to play a given game”. Ainda segundo o autor “there is no reason to suppose that every game admits an obvious way to play. No entanto, um dos principais aspectos do equilíbrio de Nash, o qual será fundamental em nosso modelo, é o de que o mesmo pode ser um resultado ineficiente do ponto de vista de Pareto para os jogadores. Ou seja, dado um resultado do jogo que seja um equilíbrio de Nash, pode haver uma outra combinação de lances que beneficie pelo menos um dos jogadores sem qualquer prejuízo dos demais. Observe-se que haveria necessidade de estratégias diferentes de mais de 1

jogador para se atingir esse resultado pareto superior. O melhor exemplo desse tipo de “conflito” entre o equilíbrio de Nash e o ótimo de pareto é dado pelo famoso “dilema dos prisioneiros”. Reproduzimos a explicação de Tirole (1988) sobre o mesmo:

“ The story behind this game is that two people are arrested for a crime. The police lack sufficient evidence to convict either suspect and, consequently, need them to give testimony against each other. The police put each suspect in a different cell, and are able to prevent the two suspects from communicating with each other. The police tell each suspect that if he testifies against (finks on) the other, he will be released-provided the other suspect does not fink on him - and will receive a reward for testifying. If neither suspect finks, both will be released on account of insufficient evidence, and no rewards will be paid. If one finks, the other will go to prison, but they will still collect the rewards for testifying. In this game, both players simultaneously choose between two actions. If both players cooperate C (do not testify), they get 2 each. If they both play noncooperatively (F, for fink), they obtain -2. If one finks and the other cooperates, the latter is rewarded (gets 3) and the former is severely punished (gets -3).

Clearly F is a dominant strategy for both players. So {F,F} is the only plausible outcome. This outcome is very bad for both players; by cooperating, each would be able to obtain 2 instead of -2. However, self-interest leads to a pareto-inefficient outcome”.

Jogador 2

Jogador 1	F	C
F	-2,-2	3,-3
C	-3,3	2,2

Esses exemplos simples constituem jogos estáticos por serem de apenas 1 lance onde os jogadores atuam de forma simultânea. Quando o jogo possibilita que um ou mais jogadores façam lances após observar as jogadas de outros jogadores, o mesmo se transforma em um jogo dinâmico. Nesse caso, a simples quebra da hipótese de simultaneidade²⁰ torna um ou mais equilíbrios de Nash, resultados simplesmente absurdos. Isso faz com que

²⁰ Observe-se que, no contexto da teoria dos jogos, simultaneidade pode não significar que as ações dos jogadores se dão no mesmo momento no tempo. A noção de simultaneidade está mais ligada com o fato de que as ações tomadas pelos jogadores se verificam antes que os mesmos possam observar as ações tomadas pelos outros jogadores.

a introdução de sequencialidade no jogo exija um refinamento do conceito de equilíbrio de Nash de forma a eliminar possíveis resultados absurdos. Suponha, portanto, o seguinte jogo na forma sequencial apresentado por Kreps(1990)²¹:

© Jogador 1			
U	D	Jogador 2	
(2,2)	©	r	l
		(0,0)	(3,1)

O jogador 1 efetua o primeiro lance, que será U ou D. Se for U, o jogador 2 não joga. Se for D, o jogador 2, observando a jogada de 1, jogará r ou l. Observe-se que existem dois equilíbrios de Nash: a combinação U-r e a combinação D-l. Seguindo a explicação de Kreps:

“First, why is U-r an equilibrium? Because if player 2 is choosing r, then player 1 prefers U to D. And given that player 1 is choosing U, player 2 doesn’t care which action he takes. They both give payoff 2, since player 2 won’t get the opportunity to move. The profile D-l is also an equilibrium because, if player 2 is choosing l, then player 1 prefers D to U, while if player 1 is choosing D, then player 2 prefers l to r.

.....

While both U-r and D-l are Nash equilibria,..... U-r is not a very sensible prediction. If player 2 is given the move, it seems reasonable to suppose that 2 will choose l”.

Outra forma de compreender a busca do equilíbrio em jogos sequenciais é através da noção de credibilidade da ameaça. Suponha o jogo abaixo proposto por Tirole (1988), onde R-l é um dos equilíbrios de Nash:

		© Jogador 1	
		L	R
Jogador 2 ©	©	© Jogador 2	
l	r	l	r
(2,0)	(2,-1)	(1,0)	(3,1)

Segundo o autor “Player 1 does not play R because player 2 threatens to play l in this case. But suppose that player 1 plays R. Then player 2, faced with a fait accompli, benefits from playing r, since he then obtains 1 instead of 0. Therefore, player 2’s threat is not credible. Player 1, who should anticipate this plays R, which gives him a pay off of 3- greater than what he obtains by playing L. Thus, the proposed Nash equilibrium is based on a

²¹ O símbolo © significa o momento em que um dos jogadores fará um lance.

noncredible threat, i.e., a threat that would not be carried out if the player were put in the position to do so”.

A melhor forma de descartar equilíbrios de Nash que configurem resultados não razoáveis em um jogo sequencial é subdividir o mesmo em subjogos. Cada subjogo é dado a partir de qualquer das jogadas. Por exemplo, o jogo acima possui três sub-jogos: O primeiro sub-jogo que se inicia no lance do jogador 1 e que coincide com todo o jogo; o sub-jogo que se inicia a partir do lance em que o jogador 1 joga L e o subjogo que se inicia a partir do lance em que o jogador 1 joga R. Para descartar resultados não razoáveis, basta eliminar todos os resultados, que estando incluídos em um sub-jogo, não sejam equilíbrios de Nash nesse subjogo. Por exemplo, no jogo acima, apesar do resultado R-1 ser um equilíbrio de Nash do subjogo representado pelo jogo inteiro, não o é no subjogo considerado a partir da decisão do jogador 2, dado que o jogador 1 escolheu R.

O resultado que seja Nash para todo e qualquer subjogo no qual o mesmo esteja incluído, será caracterizado como um equilíbrio perfeito em subjogos. Conforme Tirole (1988) esse último configura “a set of strategies for each player such that in any subgame the strategies (truncated to this subgame) form a nash equilibrium. Thus, perfection requires that strategies be in equilibrium whatever the location (understand subgame) in the game tree, and not only along the equilibrium path. A perfect equilibrium is necessarily a Nash equilibrium (take the big subgame constituted by the game itself)”.

A partir dessas noções básicas passamos à explicação do modelo.

V) O Compromisso de Cessação e o Incentivo à Infração

A partir do modelo mais geral desenvolvido na seção passada, podemos introduzir o compromisso de cessação descrito na seção II.

Suponhamos o caso extremo no qual o infrator possui a certeza plena de que o CADE se disporá, logo após iniciado o processo, a conceder um perdão temporário e condicionado baseado no compromisso de cessação. Sendo assim, o valor financeiro das penalidades esperadas “mi” se torna igual a zero. Dessa forma, a equação 4 se resumiria a:

$$U_i = F(E(t_i)) - r_i' \quad (4')$$

Isso elimina um importante inibidor da conduta anti-competitiva, pois nesse caso, maior será a probabilidade de que $U_i > 0$, e, portanto, haja incentivo à conduta anticompetitiva.

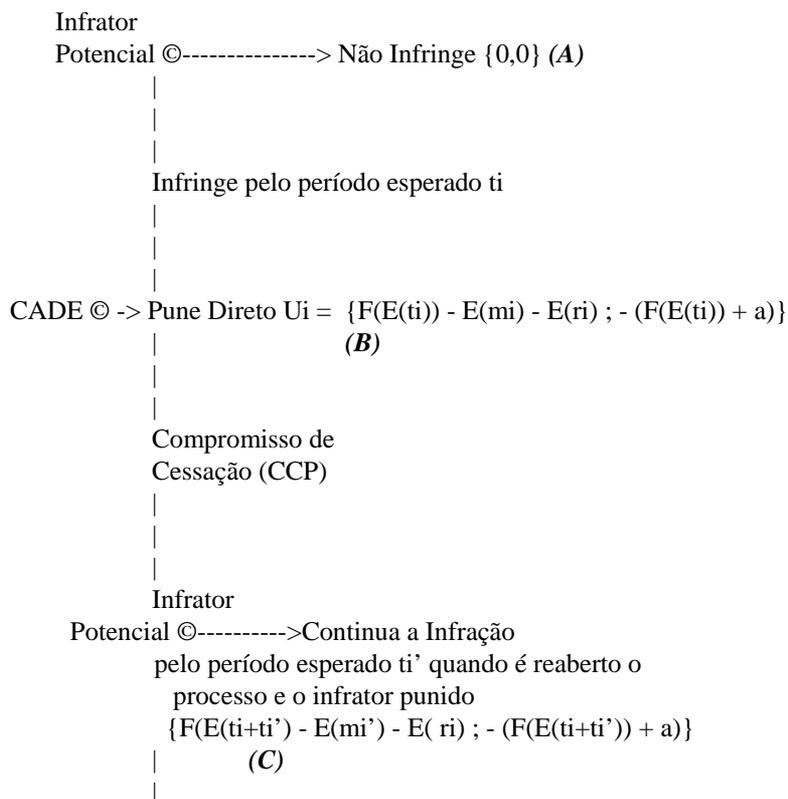
“ r_i' ” seria a queda na reputação decorrente do processo no CADE, dado que houve o compromisso de cessação. Observe-se que r_i' tende a ser menor que r_i , a redução da reputação gerada por uma condenação efetiva do infrator “ i ”. No caso extremo de falta completa de informações por parte da sociedade em geral acerca do compromisso de cessação, a assinatura do mesmo pode ser interpretada como uma confissão de culpa, mesmo não o sendo do ponto de vista jurídico. Nesse contexto específico, $r_i = r_i'$. No entanto, o caso mais normal é de que o compromisso de cessação deteriore menos a reputação do infrator que a condenação, ou seja $r_i > r_i'$, o que reduz um outro fator inibidor da conduta anticompetitiva, tornando ainda mais provável que $U_i > 0$.

Assim, o compromisso de cessação, mesmo sendo interessante “ex-post” pela rapidez com que equaciona os problemas relacionados com as condutas anticompetitivas e pelos baixos custos às partes, introduz um indesejável estímulo “ex-ante” à própria infração ao não implementar a punição. Suporemos que os benefícios “ex-post” advindos do CCP, destacados na seção II, quais sejam, “a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo”, a não necessidade dos elevados custos financeiros normalmente inflingidos a todas as partes envolvidas, dentre outros possam ser traduzidos pela constante “ H ”.

Além disso, é importante saber se mesmo após a assinatura do compromisso de cessação, o infrator será desestimulado a continuar a exercer a conduta infratora.

Podemos tratar esse problema como um jogo de equilíbrio perfeito em sub-jogos, conforme desenvolvido na seção passada na linha de Kreps (1990). O jogo na forma extensiva está exposto no Quadro I abaixo:

Quadro I - Jogo Infrator Potencial X CADE



$$\left| \begin{array}{l} \text{Cumprir o compromisso} \\ \{F(E(t_i)) - E(r_i'); H - (F(E(t_i)) + a)\} \\ (D) \end{array} \right.$$

Suposições do modelo:

- $F'E(t_i) > 0$ ²²
- $E(mi') > E(mi)$, ou seja, as penalidades para a reincidência são maiores;
 - $E(ri) > E(ri')$, ou seja, a queda de reputação do infrator com punição é maior que com o CCP;
 - Não há um segundo CCP, ou seja, há apenas uma possibilidade de perdão;
 - A taxa de desconto entre presente e futuro é zero²³, ou seja, os agentes valorizam os dois igualmente;
 - $F(E(t_i)) + a > H$, ou seja é melhor para a sociedade (e para o CADE, portanto), após ocorrida a infração, efetuar o CCP do que prosseguir o processo e punir o agente;
 - Há, de fato, uma infração e o infrator potencial está consciente sobre isso²⁴;
 - Não há assimetria de informação entre as partes, sendo os parâmetros do jogo conhecidos por ambos os jogadores;
 - Os agentes são racionais no sentido de que convergirão para o equilíbrio perfeito em sub-jogos.

O jogo inicia com o infrator potencial decidindo se adota a prática anticompetitiva ou não. Caso não o faça, aquele obtém uma utilidade de 0, pois $F(E(t_i)) = E(mi) = E(ri) = 0$. Além disso, a utilidade do CADE, que supõe-se ser igual à dos agentes prejudicados no processo, também é 0. O jogo será finalizado nesse caso no nóculo “A”, sendo que o CADE, obviamente, nada tem a jogar se não há infração.

²² Derivada da função F em relação a t_i é positiva, o que equivale a dizer que os lucros do infrator aumentam com o período em que for efetuada a prática infrativa.

²³ Caso a taxa de desconto fosse positiva deveríamos fazer alguns ajustes no modelo que não ajudam a incrementar o poder de explicação do mesmo. Uma mudança seria, por exemplo, trocar “ r_i ” nos pay-offs acima pela expressão $t = t_i \int_{\infty}^{\infty} r_i$ (integral de r_i que vai de t_i a infinito) $r \exp(1/z t_i) dt_i$. A expressão em “C” ficaria igual a $t = t_i \int_{\infty}^{\infty} E(r') \exp(1/z t_i) dt_i = t_i + t_i' \int_{\infty}^{\infty} E(r) \exp(1/z(t_i + t_i'))$.

²⁴ Dado o baixo grau de cultura da concorrência existente no País, muitas vezes não existe nem a consciência a respeito do próprio comportamento infrator, o que foge do escopo desse modelo.

No entanto, se o infrator potencial decidir adotar a prática, o CADE será acionado e julgará após um período “*t_i*” a conduta infratora. O órgão pode adotar duas linhas de ação: Realiza todo o processo e pune o agente ou realiza um CCP com o mesmo. No primeiro caso, a utilidade do agente “*i*” será igual a $F(E(t_i)) - E(m_i) - E(r_i)$. Para os agentes prejudicados e, por conseguinte, para o CADE, é suposto que a utilidade será igual ao negativo do valor do benefício (*B_i*) do infrator mais uma constante “ $a > 0$ ”²⁵, de forma a caracterizar um jogo de soma não zero. Ou seja, os prejudicados pela conduta perdem mais que proporcionalmente aos ganhos dos infratores em termos de seus lucros. Observe-se que essa é uma hipótese bastante razoável, pois a ação do CADE em favor dos prejudicados, poderia ser considerada duvidosa no âmbito da regra da razão²⁶, caso o infrator apresentasse um resultado positivo maior que a perda dos primeiros.

O valor da utilidade do CADE será, portanto, igual a $- (F(E(t_i)) + a)$. Esse será o resultado, caso o infrator potencial adote a conduta e o CADE efetue a punição fazendo com que o jogo termine em “**B**”²⁷.

No caso de assinatura de um CCP, o jogo não pára na decisão do CADE. O infrator poderá ainda escolher se cumpre o CCP (o jogo termina em “**C**”) ou continua a cometer a infração (O jogo termina em “**D**”). No caso do agente cumprir os termos do compromisso, abandonando a prática infratora, a sua utilidade será $F(E(t_i)) - E(r_i')$. Note-se que o CCP permite uma utilidade maior ao infrator, dado que esse fica isento das penalidades. Por outro lado, o prejuízo causado à sociedade é o mesmo da situação de punição, sendo a utilidade do CADE igual a $H - (F(E(t_i)) + a)$. Note-se que a existência da variável *H* permite que o CADE não seja indiferente entre punir diretamente o infrator “*i*” e assinar o CCP, havendo cumprimento do mesmo. Caso não houvesse a variável “*H*”, o CADE seria sempre racional em punir diretamente o infrator, sem querer nunca assinar o CCP, por não observar qualquer vantagem no mesmo (o que não é o caso, dadas as considerações da seção II). O equilíbrio perfeito em sub-jogos seria sempre em “**B**”, retirando a relevância do modelo para analisar o CCP.

²⁵ Uma extensão interessante e mais realista do modelo pode ser obtida quando “*a*” depende positivamente de *t_i*.

²⁶ A “regra da razão” se contrapõe à chamada abordagem “per se”. De acordo com Salgado (1995), enquanto essa última compreende “uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento”, na regra da razão “a agência ou as cortes observam os efeitos dos comportamentos e contrabalançam os prejuízos com os benefícios eventuais”.

²⁷ Supondo que $F(E(t_i)) > E(m_i) + E(r_i)$, de forma a que “**A**” não seja o equilíbrio perfeito em subjogos.

O infrator pode, no entanto, insistir na prática anticompetitiva. Nesse caso, supõe-se que não haverá um segundo perdão, com o CADE punindo aquele²⁸ após decorrido um período de t_i , contado a partir da assinatura do CCP. Nesse caso, o benefício do infrator será $F(E(t_i+t_i'))$. O seu custo estimado será dado pelo valor esperado da multa no caso de reincidência das práticas anticompetitivas, mesmo com o perdão do CCP “ $E(m_i')$ ”, e a queda esperada na reputação “ $E(r_i)$ ”, no caso de condenação. Os prejudicados e, portanto, o CADE, terão, obviamente, uma utilidade menor que em qualquer um dos casos acima comentados, dado que o tempo em que a infração é cometida, é maior (t_i+t_i'). Sendo assim, a utilidade do CADE será $-(F(E(t_i+t_i')) + a)$ e o jogo termina em “C”.

Nesse contexto, cabe avaliar qual o equilíbrio perfeito em subjogos, de forma a verificar em que condições o jogo convergirá para o melhor dos mundos para a sociedade e, por conseguinte, para o CADE, ou seja, quando o infrator potencial não inicia a conduta anticompetitiva. Além disso, é importante considerar sob que condições, dado que a infração já ocorreu, pode-se convergir para uma situação na qual o agente “i” não continua a proceder àquela prática, ou seja, em “D”.

Iniciaremos por essa segunda hipótese. Assim, para que o infrator potencial não se sinta incentivado a continuar a prática, mesmo com o CCP, $E(m_i')$ deve ser suficientemente grande de forma a:

$$F(E(t_i + t_i') - E(m_i') - E(r_i)) < F(E(t_i)) - E(r_i) \quad (6)$$

Ou seja, o ganho esperado pelo infrator ao continuar a prática anticompetitiva deve ser inferior ao ganho esperado com o cumprimento do acordo. Isso depende da expectativa de imposição de penalidades particularmente fortes no caso de reincidência (m_i'), pela diferença entre as quedas de reputação com com ($E(r_i')$) e sem ($E(r_i)$) cumprimento do CCP e pela agilidade do CADE e prontidão dos agentes prejudicados em detectar a continuidade da infração, de forma a reduzir $E(t_i')$. Caso a desigualdade (6) ocorra, o CCP será um instrumento desejável “ex-post”, dado que o equilíbrio perfeito em sub-jogos é “C”.

²⁸ Na suposição de um segundo perdão, o jogo continua com o infrator decidindo novamente se cumpre ou não o compromisso. No limite, o jogo pode se tornar infinito. Se fosse levada em conta uma taxa de desconto do futuro e se as punições esperadas fossem suficientemente pequenas, o CCP embutiria um claro incentivo à infração.

O mais importante, no entanto, é convergir para uma situação em que não haja estímulo algum à infração, com um equilíbrio perfeito em subjugos estabelecido em “A”. O problema é que, mesmo com a equação (6) sendo observada, o infrator poderá ainda ter incentivo a iniciar a infração, sabendo que será perdoado. Dessa forma, é importante também que o instrumento do CCP também seja desejável “ex-ante”. Para isso, a equação 7 abaixo deve ser respeitada:

$$F(E(ti)) < E(ri') \quad (7)$$

Ou seja, para que o agente não tenha a perspectiva do CCP como um incentivo a cometer a infração, a queda esperada na reputação $E(ri')$ com CCP deve ser suficientemente grande em relação ao tempo esperado de permanência da infração. Nesse contexto, para que o CCP não gere um incentivo “ex-ante” para a infração, deve o SBDC ser muito ágil na localização e punição da mesma, reduzindo “ti”. Além disso, cumpre um papel de destaque à difusão da cultura de concorrência, de forma a permitir aos agentes prejudicados, maior rapidez em denunciar as infrações e defender seus direitos. Cumprida a equação (7), o CCP terá as virtudes enunciadas na seção II, mas sem esse importante defeito possível que é o virtual incentivo ao início da prática anticompetitiva.

Fica nítido, no entanto, por essa condição, o quão difícil é a obtenção do equilíbrio em “A”, no qual não há incentivo “ex-ante” à infração.

Enfim, vale observar que, independente do CCP, é fundamental que o SBDC viabilize um desincentivo à infração, assegurando que o equilíbrio perfeito em subjugos seja em A e não em B. Para tanto $E(mi)$ deve ser suficientemente grande e $E(ti)$ suficientemente pequeno para que:

$$E(mi) + E(ri) > F(E(ti)) \quad (8)$$

Ou seja, o agente não deve preferir o resultado final com punição à situação de não infração. Esse é um resultado também difícil na atual conjuntura brasileira. As multas até agora empreendidas tem sido mínimas (cerca de US\$ 5 mil), além de estarem sendo pouco utilizadas, tendo-se restringido o CADE, muitas vezes, a meras determinações para se finalizar a prática, mesmo quando se comprova a procedência da infração²⁹.

²⁹ Dadas as deficiências verificadas na investigação dos processos enviados ao CADE, o percentual de casos considerados procedentes tem sido pequeno.

De qualquer forma, cumpridas as condições estabelecidas nas desigualdades 6,7 e 8, atingir-se-á o equilíbrio perfeito em subjogos em “A”, que é o resultado mais desejável para a sociedade e para o CADE.

Por outro lado, como $E(ri) > E(ri')$ e $E(mi) > 0$, se a condição (7) for satisfeita, a condição (8) também o será. Sendo assim, para atingir-se o equilíbrio perfeito em subjogos em “A”, bastam as condições (6) e (7).

V) Conclusões

As considerações acima apontadas são contundentes no sentido de demonstrar que o instrumento do CCP deve ser utilizado com parcimônia e cautela. Caso o CCP se torne uma prática recorrente, o mesmo poderá gerar um forte incentivo à infração “ex-ante”. O CCP seria visto como uma perspectiva de perdão que torna lucrativa a prática infratora.

Demonstra-se no modelo desenvolvido nesse artigo, a importância de variáveis como a difusão da cultura da concorrência no País (o que envolve uma importante variável de “marketing” do papel do CADE frente à sociedade) e a agilização do andamento dos processos no órgão. A importância das penalidades e, principalmente, da expectativa dos potenciais agentes infratores sobre elas, também é notável e isso está completamente vinculado ao grau de credibilidade do CADE e à proficiência de seu corpo técnico.

No entanto, as condições apontadas para que o CCP não se constitua em incentivo à infração “ex-ante” são bastante frágeis. Especialmente a condição (7) que estabelece a necessidade de que a expectativa de queda na reputação com o CCP $E(ri')$ seja maior que o diferencial de lucros líquidos esperados com a infração $F(Eti)$.

De qualquer forma, o Compromisso de Cessação de Prática (CCP) pode vir a se constituir em importante instrumento da política de defesa da concorrência, se respeitadas determinadas condições. Setores onde as práticas anticompetitivas são difíceis de detectar, gerando valores altos tanto de $E(ti)$ como de $E(ti')$, por exemplo, não devem ser candidatas ao CCP.

Enfim, a experiência com o CCP ainda é muito exígua, tendo sido assinados apenas 2 CCPs desde a introdução do instrumento na Lei em 1994, nos setores citrícola e de fertilizantes. É difícil ainda avaliar em que grau os empresários desses setores cometeram, de fato, as infrações alegadas e mais irrealista ainda supor que os mesmos sabiam que as mesmas ações apresentavam problemas concorrenciais.

Além disso, a regra da razão torna a fronteira do que deve ser punido e o que não deve mais fluido. Por exemplo, Furquim (1996) argumenta que um importante arranjo desenvolvido ao longo do tempo no setor citrícola, chamado de contrato padrão entre industriais e produtores rurais foi resultado de um contínuo aprendizado no sentido das partes reduzirem seus custos de transação. Essa prática, no entanto, foi proibida no CCP estabelecido pelo CADE por ter sido interpretado como um indutor a práticas concertadas o que constitui uma prática infrativa.

Sendo assim, a verificação empírica do modelo apenas poderá se verificar após a internalização dos aspectos concorrenciais pelos agentes econômicos na sua estrutura de decisões, o que ocorrerá após consolidado o processo de difusão da cultura da concorrência no Brasil.

Bibliografia

Furquim,P.A . : “Integração Vertical e Barganha”. Tese de Doutorado. Dep. De Economia -USP - 1996.

Kreps,D.: “Microeconomic Theory”. Chapter 12 Pg 423.

Mallard,N.T.: Voto do Processo Administrativo Nº 08000-061384/94-11-Votufértil contra Ultrafértil e outros no CADE - 1994

Ministério da Justiça - Secretaria de Direito Econômico - : “Legislação Brasileira de Defesa da Ordem Econômica” - Brasília - DF (1995).

Salgado, L.H.: “Política de Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil”. Texto para Discussão N 385 IPEA- Outubro de 1995.

Simonsen,M.H.: “Rational Expectations and Income Policies”. FGV 1986.

Tirole,J.: “The Theory of Industrial Organization”. MIT press. 1988.

Viscusi, W.K., Vernon, J. M., Harrington, J.E. Economics of Regulation and Antitrust. Second Edition 1995 (First Edition 1992). MIT Press.