

22.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PAINEL 3 – MOCKTRIAL | Mocktrial

Painel proposto por Bruno Drago e Bruno Lana Peixoto

Audiência 1 - Ação Anulatória (40 minutos)

Juiz de Direito: Lauro Celidonio Neto | Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Adv
Advogado do CADE: Diogo Thomson de *Andrade* | *Superintendente-geral Adjunto do CADE*

Advogado da ConstruBrasil: Bruno Drago | Demarest Advogados

Audiência 2 - Ação Reparatória (40 minutos)

Juiz de Direito: Lauro Celidonio Neto | Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Adv
Advogado da Ré: Guilherme Ribas | *Mundie Advogados*

Advogado da Autora: Bruno Lana Peixoto | Araujo e Policastro Advogados

**IBRAC - 22º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

MOCK TRIAL

BRUNO LANNA PEIXOTO

CAMPOS DO JORDÃO

20 DE OUTUBRO DE 2016

ESCOPO DA AÇÃO REPARATÓRIA

- **Autor**: Adquirente Direto, porém, apenas da Empresa Condenada B.
- **Réus**: 3 empresas condenadas pelo CADE: A (Leniente), B e C.
- **Fundamento**: Artigo 47 da Lei Antitruste + Artigo 927 e ss. do CC.
- **Causa de pedir**: formação de cartel e imposição de sobrepreços (*overcharge*).
- **Pedido**: tutela ressarcitória: danos emergentes + lucros cessantes + dano moral + dano à imagem.
- **Documentos**: decisão do CADE + acordo de leniência + contratos com a Empresa B + parecer econômico.
- **Meios de prova**: todos os admitidos pelo Direito.

PRESCRIÇÃO

- Critério consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça:
 - ▶ Ciência Inequívoca do Ato Ilícito e do Dano Sofrido.
- Responsabilidade civil ex delicto.
- Ciência INEQUÍVOCA do (1) Ato Ilícito + (2) Dano Sofrido
 - ▶ Cartel: (1) ilícito cuja natureza é intrinsecamente oculta e (2) danos não são facilmente verificados e apurados.
 - ▶ Jurisprudência: ilícito ou dano descoberto *a posteriori* → termo *a quo*.

PRESCRIÇÃO

- *Ad argumentandum tantum*, imagine-se que, contrariando a jurisprudência, considere-se a data de (i) abertura do PA ou (ii) acesso ao acordo de leniência firmado pela Empresa A.
 - ▶ E se o CADE excluir do polo passivo ou não condenar a Empresa B, fornecedora do Autor ??
 - ▶ Ilegitimidade Passiva / Falta de Interesse de Agir → Sucumbência → Situação absurda.
- Prescrição: **Pune a inércia do titular e NÃO a impossibilidade de agir.**
- No mínimo: o termo inicial se dá com a decisão condenatória do CADE desde que esta apure danos específicos ao Autor.

PRESCRIÇÃO: OUTRAS TESES ABSURDAS

- Prescrição trienal contada a partir de cada venda do cartel.
 - O Adquirente A foi alocado ao Cartelista X ou pagou sobrepreços sem ciência, por dez anos, cessando a partir da decisão do CADE.
 - Indenização somente pelos últimos 3 anos? E os prejuízos substanciais durante o maior período de 7 anos?
 - E se o CADE constatar/condenar o cartel 3 anos após sua cessação? Está tudo prescrito: **Situação Absurda que Repugna ao Direito.**
 - **“Busca-se utilizar o direito contra o Direito”.**
 - **“Sancionar o lícito exercício do ilícito”.**

PRESCRIÇÃO

- **Direito Comparado**: ações privadas, sempre uma das 2 posições:
 1. O processo administrativo ou o processo criminal suspende/interrompe o prazo prescricional até a sua conclusão (Ex.: Estados Unidos).
 2. Somente começa a correr a partir do conhecimento do ilícito.
 - ▶ Conhecimento 'efetivo' (Alemanha), 'positivo' (Áustria) ou 'inequívoco' (Holanda).

VALOR PROBANTE DA DECISÃO DO CADE

- **TRF1 e STJ:** Presunção de validade e legitimidade do ato administrativo.
- **Art. 9º, II:** Compete ao Plenário do Tribunal decidir sobre a existência de infração à ordem econômica: Hermenêutica Sistêmica.
- **Posição do TRF1:** Ainda que possamos rever o mérito não precisamos/devemos fazê-lo, exceto em casos específicos. De outro modo, não seria melhor extinguir o Tribunal do CADE? Adotar modelo da *Antitrust Division*, DOJ?
- **Direito Comparado:** *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council to promote actions for damages -- Binding on national courts.*
- **TJMG:** “Prova inequívoca” do ilícito para fins de tutela provisória.
- **TJSP e TJPR:** Indiscutível robustez da prova.

VALOR PROBANTE DA DECISÃO DO CADE

- **Responsabilidade objetiva:** CC Art. 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei".
- **Art. 36 da Lei Antitruste:** infrações à ordem econômica → independente de culpa.
- **Art. 47 da Lei Antitruste:** reparação decorrente de infrações à ordem econômica.
- (Ainda que provar a culpa não seja nenhum problema maior, tendo em vista as provas colhidas pelo CADE).

O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO: QUAL A FUNÇÃO DO ARTIGO 47?

CAPÍTULO V

DO DIREITO DE AÇÃO

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses **individuais ou individuais homogêneos** obter a cessação de práticas que constituam **infração da ordem econômica**, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO: QUAL A FUNÇÃO DO ART. 47???

- Da *Lex Aquilia* (287 AC) ao Art. 927 do Novo CC Brasileiro (2002): obrigação de indenizar por ato ilícito.
- CR/88: art. 5º, XXXV: supremacia do Judiciário e inafastabilidade da jurisdição.
- CPC e NCPC: tutela inibitória e ressarcitória.
- Direito Administrativo Positivo: distinção consolidada entre o poder de polícia e regulação da Administração e a prestação jurisdicional ao indivíduo.
- Direito Constitucional Positivo: infração à ordem econômica como ilícito.
- CDC 1990: ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos.

O Art. 29/47 não criou nenhum direito substantivo ou adjetivo novo ⇒ inútil?

COMO VALORAR O ART. 47: HERMENÊUTICA JURÍDICA

- Cânones:

Verba cum effectu, sunt accipienda

- Não há palavras inúteis na Lei (muito menos um artigo ou um Capítulo – Capítulo V).

Interpretatio in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua, et sine virtute operandi.

- Interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa.

COMO VALORAR O ART. 47: UM EXERCÍCIO DIALÉTICO

- Fundamento jurídico das ações reparatórias.
- Não institui ou estabeleceu nenhum novo direito material ou processual no Ordenamento Jurídico.



- Contém não apenas uma ênfase mas um claro *mandamus* ou comando legal no sentido de que se efetive o direito de ação dos prejudicados por infrações à ordem econômica sob a perspectiva da Lei Antitruste (responsabilidade objetiva).

SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS COAUTORES DO ATO ILÍCITO

- Solidariedade Passiva: CC art. 942: ‘Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.’
- Solidariedade Intragrupo: Lei Antitruste: Art. 33.
- Solidariedade dos Administradores: Lei Art. 32.
- Não podemos esquecer que os Artigos 32 e 33 estão inseridos no Título V: Infrações à Ordem Econômica, Capítulo I: **Disposições Gerais !!!**
 - ▶ Capítulo IV: nosso conhecido *Public Enforcement*
 - ▶ Capítulo V: *Private Enforcement*, sob o mesmo Título V !!!

DANOS

- **Parecer Econômico:**
 - ▶ **Sobrepreço percentual aplicado ao Autor: 33%.**
 - ▶ **Prejuízos:**
 - ▶ **Danos emergentes: montante do sobrepreço no período do cartel.**
 - ▶ **Correção monetária + Juros legais de 12% ao ano desde a data do ilícito.**