

A prova econômica no processo concorrencial

Campos do Jordão, 26 de outubro de 2017

PEREIRA NETO | MACEDO

ESTRUTURA DA APRESENTAÇÃO

1. Prova econômica e Argumento econômico

2. Prova econômica em condutas colusivas

3. Prova econômica em condutas unilaterais

4. Prova econômica em atos de concentração

O PAPEL DOS ELEMENTOS ECONÔMICOS NA ANÁLISE ANTITRUSTE

- ✓ Elementos econômicos podem contribuir para a análise antitruste de várias formas. Por exemplo:
 - i. Possibilitam a apreensão de fatos da realidade econômica que servem de suporte para a aplicação de normas jurídicas;
 - ii. Ajudam a identificar, empiricamente, a existência e magnitude de efeitos gerados por determinadas condutas no mercado; e
 - iii. Permitem a construção de cenários prospectivos para análise de estruturas e condutas.

- ✓ Mas o seu peso e função variam bastante com as circunstâncias do caso

PROVA ECONÔMICA E ARGUMENTO ECONÔMICO

- ✓ Prova é geralmente associada a demonstração de um fato.
 - Prova econômica: Fatos econômicos podem servir diretamente como input para análise jurídica (e.g. *market share*; dados sobre quantidade de importação/exportação).
- ✓ Argumento econômico coloca uma lente de análise sobre um conjunto de fatos.
 - O argumento econômico organiza os fatos/dados a partir de um determinado método.
- ✓ Desafio: muitas vezes a evidência econômica só pode ser apreendida a partir de um argumento econômico.
 - Sobre os mesmos fatos/dados (e.g. série de preços) podem ser aplicados diferentes modelos econômicos, chegando a diferentes descrições da realidade.

PROVA ECONÔMICA EM CONDUTAS COLUSIVAS

- ✓ **Espaço menor para provas econômicas em condutas colusivas:**
 - ✓ Jurisprudência dos últimos anos mais direcionada à utilização de **prova direta** sobre acordo entre concorrentes
 - ✓ Argumentos econômicos usados como reforço retórico
- ✓ **Novo espaço para evidências econômicas:**
 - ✓ **Screening** para início de investigações:
 - Evidências **indiretas** / Constatação de paralelismo de condutas / Padrões de comportamento
- ✓ **Caso – Cartel na licitação de aquecedores solares do CDHU (08012.001273-2010-24):**
 - ✓ “Evidência econômica” relacionada à existência propostas fictícias (*cover bidding*) e na divisão geográfica do mercado;
 - ✓ Argumentação econômica usada para descartar que a atuação coordenada dos concorrentes teria sido uma coincidência

PROVA ECONÔMICA EM CONDUTAS UNILATERAIS

❖ Mais espaço para utilização de provas econômicas:

- ✓ Conferir maior precisão para a avaliação de efeitos em condutas analisadas sob a regra da razão. E.g.:
 - Cálculo de fechamento de mercado;
 - Impacto em competidores igualmente eficientes.
- ✓ Busca de provas econômicas tende a ser importante para dar maior robustez para a análise e segurança jurídica.

❖ Desafio:

- ✓ Construção de standards probatórios mais claros
 - De quem é o ônus? Qual o standard?
 - Possível estabelecimento de testes e *safe harbors* pelo CADE
- ✓ Cuidado com a aplicação do conceito de “efeitos potenciais”

PROVA ECONÔMICA EM CONDUTAS UNILATERAIS

❖ Caso - Itambé

- ✓ “...o mero fato de que, depois de quatro anos, os efeitos danosos não terem sido observados não significa que a prática não tinha o condão de produzir efeitos”

❖ Caso – Oi/Vesper

- ✓ “...não é necessário haver a alta probabilidade de efeitos lesivos, sendo suficiente a possibilidade consistente de que isso ocorra.”

PROVA ECONÔMICA EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

- ✓ Análise de concentração é sempre **prospectiva** e baseada em elementos probabilísticos:
 - Há amplo espaço para o uso de provas e argumentos econômicos;
 - O próprio Guia de Análise é baseado em hipóteses econômicas;
 - Dados e informações econômicas informam a construção de argumentos favoráveis ou desfavoráveis à operação.

Mas é importante....

- ✓ Ter clareza sobre premissas e presunções incluídas na análise;
- ✓ Separar fatos de argumentos para confrontar a robustez dos argumentos;
- ✓ Estudos econômicos devem sempre ser confrontados com a realidade (E.g. Estudos e simulações de entradas não pode suplantar evidência fáticas de entradas).

PROVA ECONÔMICA EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

- ❖ **Alesat/Ipiranga – teste de CPPI – crítica aos dados usados / limitação do papel do estudo na análise / extração de conclusões distintas**
- ❖ **Casos petroquímicos – Discussões sobre mercado relevante geográfico fortemente baseada em estudos econômicos (cointegração, causalidade de granger, perda crítica)**

“189. As Requerentes concluíram que não tinham condições de saber qual era a elasticidade correta (motivo pelo qual o teste da perda crítica seria inconclusivo). Mas isso não resolve o problema das Requerentes, já elas precisam demonstrar que mercado é muito elástico e não possibilita elevação de preços por parte de um monopolista hipotético. Caso contrário, a potencialidade observada pela CADE impõe que o mercado deva ser definido de forma restritiva.”
- ❖ **Nestlé/Garoto – Diversas simulações de preços pós-fusões - avaliação dos vários estudos / crivo argumentativo**

Obrigado!
caiomario@pnm.adv.br