

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

24th INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY

Campos do Jordão, São Paulo - Brasil

24 a 26 de outubro de 2018

Painel 2: Ações de reparação civil no direito antitruste brasileiro: definindo fronteiras entre o combate a cartéis
e o programa de leniência

*Damages Claims In Brazilian Antitrust: Defining The Borders Between Fighting Cartels And The Leniency
Program*

Participantes

Proponente: Cristianne Zarzur | Pinheiro Neto

Moderador: Marcos Garrido | Pinheiro Neto

- Vinicius Marques de Carvalho | VMCA
- Walter Agra Júnior | ProCADE
- Fabiana Tito | Tendências
- Bruno Drago | Demarest

Introdução

- Ações de reparação civil no direito antitruste brasileiro:
 - PLS 283/2016
 - Resolução CADE 21/2018
 - Guia Prático Seprac
- Importante que haja a dissuasão de práticas anticompetitivas com a preservação dos programas de leniência e TCC
- Tendências para o futuro

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

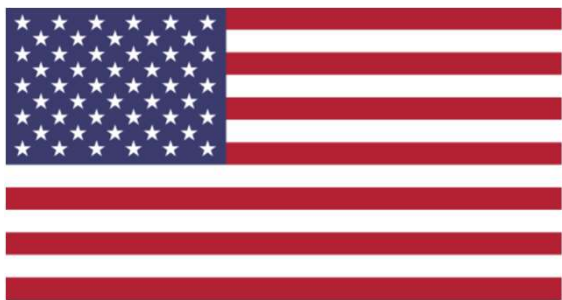
VMCA

Reparação de Danos

Desafios do *private enforcement* do direito antitruste

Vinícius Marques de Carvalho

Enforcement Público vs. Privado



1990-2011

- Multas impostas pelo DOJ somaram **US\$ 8,18 bilhões**
- 60 ARDCs resultaram no pagamento de **US\$ 33 bilhões**
 - 1/3 desse valor veio de 25 ARDCs que não se originaram de investigações de órgãos públicos nos EUA ou na Europa (não foram *follow-on* cases)

Relevância do *ENFORCEMENT*
PRIVADO



2012-2014

- 22 acórdãos proferidos em ARDCs
- 96 TCCs homologados com pagamento de R\$ 311,8 milhões
- 17 acordos de leniência assinados

Relevância do *ENFORCEMENT*
PÚBLICO

ARDCs: Riscos à Leniência?

- Responsabilidade solidária pela totalidade dos danos: art. 7º, parágrafo único, do CDC
- Cobrança duplicada dos danos: art. 42, parágrafo único, do CDC
- Timing: empresa signatária da leniência provavelmente será a primeira processada em uma ARDC
 - Exemplo: Estado de SP ajuizou ARDC exclusivamente contra a Siemens (signatária da leniência) em razão de suposto cartel dos trens do metrô.

Redução de incentivos para celebração de acordos

Atual Compatibilização de *Enforcements*

- **Resolução CADE nº 21/2018:** prioriza o programa de acordos
 - Ressarcimento comprovado como possível circunstância atenuante para cálculo da contribuição negociada em TCC; manutenção do sigilo dos documentos obtidos pelo CADE por meio de acordos
- **Judiciário:** ordens de disponibilização de documentos sigilosos do PA no CADE
 - Cartel dos trens: Estado de SP processou a Siemens, signatária da leniência
 - Cartel dos compressores: Electrolux processou a Whirpool, que assinou TCC com o CADE.

Perspectivas da Compatibilização de *Enforcements*

- **Projeto de Lei do Senado n° 283/2016:**
 - **Inaplicabilidade do ressarcimento em dobro** para signatários de acordos com o CADE que colaborem com a ARDC.
 - **Inaplicabilidade da responsabilidade solidária** aos signatários de acordo, que serão obrigados à reparação apenas dos danos que diretamente causaram.

Experiências do *Enforcement* no Exterior

Estados Unidos da América
<i>Pre-trial discovery</i>
Inversão do ônus da prova
Cultura de <i>class actions</i>
<i>Treble damages</i>
Suspensão do prazo prescricional durante investigações do DOJ
<i>Discovery stay</i>
Condenação criminal gera presunção na esfera cível
Prazo prescricional bem definido

União Europeia
Procedimento claro de acesso às provas
Presunção relativa de dano em caso de cartel
Incentivos à transação
Repercussão dos custos adicionais aos adquirentes indiretos
Condenação pela autoridade antitruste vincula o juízo cível
Prazo prescricional bem definido

Perspectivas de Fortalecimento

Projeto de Lei do Senado n° 283/2016:

- Decisão do CADE fundamenta tutela de evidência, mas não gera presunção absoluta na esfera cível
- Termo inicial de contagem do prazo prescricional: decisão final do CADE ou desfecho da ação penal
- Prescrição suspensa durante a tramitação dos procedimentos no CADE

Conclusão: há obstáculos a serem superados, dado o escopo restrito do projeto

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

The logo for VMCA, featuring the letters 'VMCA' in white on a dark blue rectangular background. A teal checkmark is positioned to the right of the 'A'.

Obrigado!

Vinícius Marques de Carvalho

R. Doutor Rafael de Barros, 210 9º andar
04003 041 Paraíso São Paulo SP Brasil
T. +55 11 3939 0708 C. +55 11 98800 2287
www.vmca.adv.br

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL



AÇÕES DE REPARAÇÃO CIVIL NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

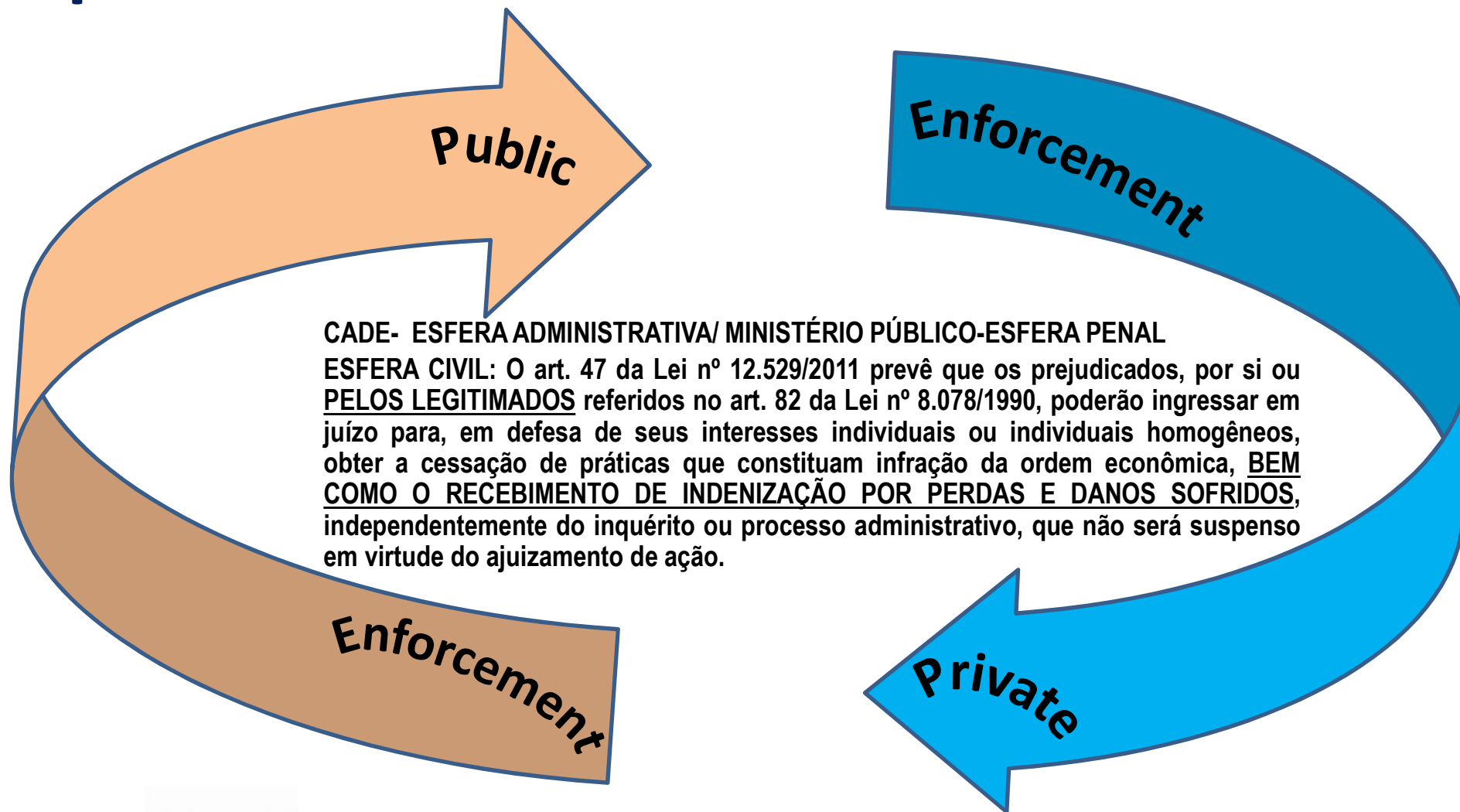
Walter de Agra Júnior

Procurador-Chefe da Procuradoria Federal
Especializada junto ao CADE

Agenda

- Introdução e pressupostos
- Panorama e dificuldades enfrentadas
- Decisão do STJ e Resolução nº 21/2018 do CADE
- Legitimidade do CADE para propositura das ARDC
- Oportunidade e vantagens da proposta
- Conclusão

Introdução: persecução pública e privada de cartéis no Brasil



CADE- ESFERA ADMINISTRATIVA/ MINISTÉRIO PÚBLICO-ESFERA PENAL

ESFERA CIVIL: O art. 47 da Lei nº 12.529/2011 prevê que os prejudicados, por si ou PELOS LEGITIMADOS referidos no art. 82 da Lei nº 8.078/1990, 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.

Introdução

- Pressupostos da responsabilidade civil por danos decorrentes de prática de cartel



Demonstração do ato ilícito:

- * Legislação aplicável: arts. 927, 186 e 187 do Código Civil;
- * Ato ilícito consiste no acordo firmado entre competidores no sentido de eliminar a concorrência entre eles para, em conjunto, determinarem preços e quantidades, dividir mercado ou fraudar certames (CASELTA, 2016, p. 119);
- * Comprovação através das conclusões do próprio PA. Decisão de mérito do CADE goza de presunção de veracidade e legitimidade.



Demonstração do dano:

- * Legislação aplicável: arts. 402 e 884 do Código Civil;
- * O dano consiste nos prejuízos materiais e morais decorrentes do ato ilícito (CASELTA, 2016, p. 141);
- Pode ser individual ou coletivo, moral ou patrimonial.



Nexo de causalidade:

- * Necessidade de demonstração que a conduta anticompetitiva foi a causa da produção dos efeitos verificados e ensejadores do dano;
- * Comprovação de que o dano genérico foi consequência do acordo ilícito entre os concorrentes.

Panorama atual do *private enforcement*

- Existência de disposição legislativa idêntica ao art. 47 da lei nº 12.529/2011 no artigo 29 da lei nº 8.884/94 – a previsão legal existe há mais de 20 anos;
- Verifica-se que a cultura do *private enforcement* ainda é muito incipiente no Brasil;
- No período de 1995 a 31 de agosto de 2017 (22 anos) foram identificados apenas 69 ações com pedido de reparação por dano moral e/ou material causado por cartel no Brasil.



Quais as dificuldades? Como estimular?

- PORTO, Giovana Vieira. As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil. Revista do IBRAC

Dificuldades enfrentadas para o ajuizamento das ações no Brasil

1. Ausência de uma cultura de reivindicação de danos por parte dos consumidores lesados no Judiciário;
2. Elevados custos e morosidade do litígio judicial, somados, por vezes, à falta de familiaridade do Judiciário brasileiro com a matéria concorrencial;
3. Dificuldades em obter evidências e em fornecer análises econômicas e legais complexas que comprovem o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido;



*[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)

Acesso aos documentos e às informações no judiciário

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que até o julgamento do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, justifica-se o sigilo no interesse da instrução processual.

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. APRECIÇÃO DE FORMA PONTUAL E CONCRETA QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO LEGALMENTE PROTEGIDO. ASSISTÊNCIA DO CADE ADMITIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. (...)

2. Não há omissão no acórdão embargado, que ressaltou expressamente a possibilidade de alegação de sigilo em razão do conteúdo de documentos de forma pontual e concreta, afastando, contudo, o sigilo amplo, este assegurado apenas enquanto durarem as providências investigativas. Da mesma forma, não configura omissão a pretensão não alcançada pelos limites do recurso especial apreciado, no que tange à regulamentação geral e abstrata da extensão do sigilo legalmente assegurado pelo art. 86, § 9º, da Lei n. 12.529/2011.

3. Contudo, **o assistente admitido traz considerações relevantes quanto à inadequação da utilização do envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo como marco temporal do termo *ad quem* do sigilo, as quais são acolhidas para estender o sigilo até a prolação de acórdão pelo Tribunal Administrativo.**

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(STJ – 3ª Turma – Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Julgado em 20/02/2018 – Acórdão publicado no DJe em 06/03/2018)

Acesso aos documentos e às informações no judiciário

Ressalta-se que 3ª Turma do Colendo STJ fez uma ressalva aos documentos que contêm segredos empresariais ou informações relevantes para fins concorrenciais:

“De outro lado, o voto condutor, acolhido por unanimidade, deixa evidente que O SIGILO EMPRESARIAL PODERÁ SER SUSCITADO E DEVERÁ SER OBSERVADO EM RELAÇÃO À PARCELA DOS DOCUMENTOS QUE EFETIVAMENTE GUARDEM SEGREDOS INDUSTRIAIS, por exemplo. Todavia, a oposição desse sigilo, no interesse privado, não se confunde com aquele sigilo genérico deferido aos documentos decorrentes de acordo de leniência e que tem por escopo assegurar o resultado prático das investigações.

Portanto, ressalva-se ao CADE, na qualidade de detentor e conhecedor dos documentos envolvidos, o juízo de proporcionalidade na divulgação dos documentos, sempre sujeito a exame judicial posterior, com vistas à concretização de tutelas juridicamente protegidas — sigilo empresarial, informações relevantes para fins concorrenciais, etc. — o que ultrapassa o fundamento do acordo de leniência firmado.”

(STJ – 3ª Turma – Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Julgado em 20/02/2018 – Acórdão publicado no DJe em 06/03/2018)

Legitimidade do CADE através da PFE/CADE para propor as ações de reparação

ARCABOUÇO LEGAL:

- O art. 47 da Lei nº 12.529/2011 prevê que os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078/1990 poderão entrar com a ação;
- O art. 81 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) prevê o exercício em juízo da defesa dos interesses e direitos dos consumidores, individualmente ou a título coletivo e o art. 82 prevê a legitimação concorrente dos órgãos e entidades da Administração Pública, direta ou indireta;
- A Ação Civil Pública destina-se à tutela coletiva de consumidores e da coletividade (art. 1º, II, da Lei nº 7.347/1985) também prevendo a expressa legitimidade das autarquias (art. 5º, IV);
- Art. 15 c/c art. 9º, XIII, da Lei nº 12.529/2011.



Fomento às ações de reparação pelo CADE

1) Disciplinou o acesso a documentos e informações colhidas no decorrer de processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica;

2) Salvaguardou a confidencialidade nos casos que comprometeriam o sucesso das investigações, nos casos que ameaçariam o êxito dos programas de leniência ou de TCC, nos casos que prejudicariam a atividade empresarial do representado, do signatário do acordo de leniência ou do compromissário ou, ainda, nos casos que interferem nas relações concorrenciais travadas no mercado;

3) Assegurou o acesso a alguns destes documentos e informações depois da prolação de acórdão pelo Plenário do Tribunal Administrativo do CADE (propiciando, assim, sua utilização para instruir petições iniciais das demandas de reparação civil dos danos ocasionalmente sofridos em decorrência de infrações à ordem econômica;

4) E, por fim, criou incentivos aos compromissários e aos infratores para a reparação civil (judicial ou extrajudicial) dos danos causados por infrações à ordem econômica.

Oportunidade da propositura das ações pela PFE/CADE

- Ajuizamento da ação imediatamente após o julgamento do processo administrativo pelo CADE;
- Realização do cálculo do valor da indenização pelo próprio CADE/DEE (maior facilidade de obtenção dos elementos probantes e de quantificação do dano);
- Os consumidores, em caso de comprovação de dano, recebem o processo pronto para se habilitarem e liquidarem seus prejuízos, não tendo que recorrer à justiça isoladamente em processos morosos.



Oportunidade da propositura das ações pela PFE/CADE

- Mais um estímulo e contribuição do CADE ao *enforcement* privado, pois a questão não ficaria a cargo somente do Ministério Público e dos consumidores/empresas lesadas;
- Desestímulo à prática de cartel para além da punição em searas administrativa (que possui multa limitada) e penal;
- Ressarcimento da vantagem efetivamente auferida com fins de demonstrar que a prática de cartel não é compensatória.



Oportunidade da propositura das ações pela PFE/CADE

- A ação a ser proposta buscará dar integral cumprimento a decisão do CADE, pelo que só serão demandados as partes condenadas pelo CADE.
- Não haverá a substituição automática dos legitimados ordinários para a propositura a ação, cabendo a ação apenas nos casos de hipossuficiência, nos casos de direitos difusos e nas hipóteses de dificuldades extremas para o manejo individual das partes.



Conclusão

BUSCA PELA COMPOSIÇÃO ENTRE A ATUAÇÃO PÚBLICA E A PRIVADA NO ENFORCEMENT DO DIREITO ANTITRUSTE



IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL



Obrigado!

Walter de Agra Júnior

walter.agra@cade.gov.br

Reparação de Danos

3ª Revolução do Antitruste?

Bruno Drago

Disclaimer

- Os dados mencionados na apresentação referem-se apenas aos resultados encontrados na Pesquisa de Jurisprudência promovida pelo GT do Comitê de Contencioso Econômico, conforme metodologia indicada e atualizada até junho de 2017.
- Processos em segredo de justiça não estão incluídos nos dados inseridos no trabalho.
- Muito embora os termos utilizados tivessem o objetivo de encontrar todos os processos envolvendo matéria concorrencial nos tribunais-alvos, é possível que casos relevantes não tenham sido encontrados.
- O debate reflete ideias pessoais e de membros do Comitê que visam contribuir à discussão acerca da melhor formatação jurídica para uma política concorrencial apta a desincentivar práticas anticoncorrenciais, promovendo ainda a reparação de danos causados a terceiros.

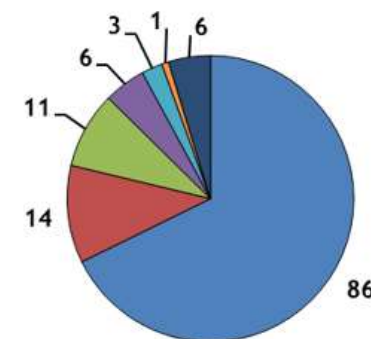
Ações de Reparação de Danos: análise quantitativa

Resultados Gerais

Número de processos por tribunal	
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	10
Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1)	5
Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2)	6
Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3)	2
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4)	9
Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5)	1
Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP)	42
Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG)	38
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DFT)	3
Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR)	1
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ)	4
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS)	5
Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES)	1

Total de processos	127 processos
Trânsito em Julgado	91 processos
Pendentes de julgamento	35 processos
Segredo de justiça	01 processos

Assuntos



- Cartel
- Unimilitância
- Abuso de poder econômico
- Aumento arbitrário de lucros
- Preços predatórios
- Tabelamento de preços
- Venda casada

Ações de Reparação de Danos: análise quantitativa

Resultados Gerais

Ações Reparatórias	
Relacionadas a PAs (follow-on litigation)	37
Não relacionadas a PAs (stand-alone)	90

Número de ações por assunto	
Cartel	31
Abuso de poder econômico	3
Outros	3

Número de ações por assunto	
Cartel	55
Abuso de poder econômico	8
Unimilitância	13
Outros	14

Ações de Reparação de Danos: análise quantitativa

Ações de Reparação de Danos por Cartel

Ações Reparatórias		Processos Administrativos	Número de condenações do CADE em Cartel – Lei n. 12.529/2011*	
Relacionadas a PAs (follow-on litigation)	31		- Cartel dos Vergalhões de Aço	2012
Não relacionadas a PAs (stand-alone)	55	- Cartel dos Gases	2013	13
		- Cartel dos Compressores	2014	4
		- Cartel dos Tubos CRTs	2015	16
		- Cartel dos Cimentos	2016	19
			2017	9

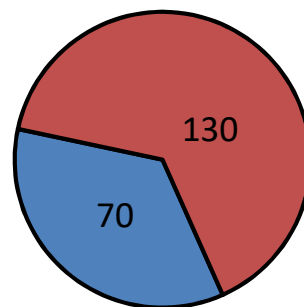
- Dentre as oitenta e seis ações analisadas, cujo período amostral envolve o intervalo entre 1994-2017, 31 (trinta e uma) relacionam-se a processos administrativos conduzidos pelo CADE.
- Desde a entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência houve 62 (sessenta e duas) condenações pelo CADE em casos de cartéis.
- A disparidade dos números mostra a incipiência do *private enforcement* no Brasil.

* Tabela construída a partir da seção “CADE em números” e dos Balanços CADE 2012-2015, disponíveis no site do Conselho.

Estatísticas: reparação de danos no Brasil

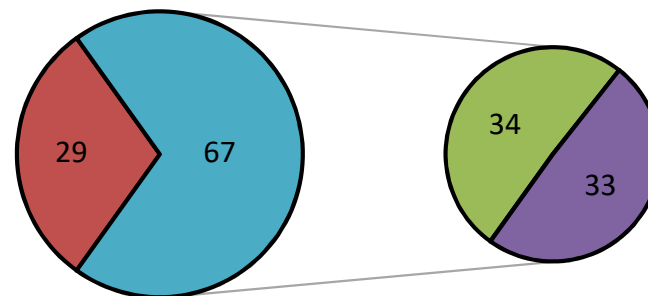
- Entre 2012, ano em que a nova lei de defesa da concorrência entrou em vigor, e 2017, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE julgou pouco mais de 200 processos administrativos para apuração de possíveis violações à ordem econômica, tendo havido decisões pela condenação em 130 deles. Só nos últimos 3 anos, foram 67 processos com decisões por condenação, dos quais 33 envolviam práticas de cartel.
- Estatísticas apresentadas no Relatório de Gestão 2017 publicado pelo CADE, disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2017/relatorio-de-gestao-2017-1.pdf>

PAs julgados (2012-2017)



■ Arquivamento ■ Condenação

PAs julgados (2015-2017)



■ Arquivamento ■ Cartel ■ Outra conduta

Maiores condenações de cartéis pelo CADE nos últimos 3 anos		
Ano	Investigação	Multa
2018	Cartel do sal	R\$ 289,5 milhões
2018	Cartel das embalagens flexíveis	R\$ 306 milhões
2017	Cartel no mercado de manutenção predial	R\$ 11,9 milhões
2017	Cartel no mercado de serviços médico-hospitalares em Fortaleza/CE	R\$ 47,5 milhões
2016	Cartel do GLP no Pará	R\$ 38,7 milhões
2016	Cartel de licitações de lavanderias hospitalares no Rio de Janeiro	R\$ 27,3 milhões
2016	Cartel internacional de compressores para refrigeração	R\$ 21,3 milhões

Valor probante das decisões do CADE

- Assimetria de informações disponíveis ao prejudicado pelo cartel
- A decisão condenatória facilita na comprovação dos elementos da responsabilidade civil
- Inglaterra e Alemanha – Decisão administrativa é vinculante ao juízo cível em relação à existência do cartel.

Nesses países é necessário comprovar apenas o dano e o nexo de causal.

- Brasil - Decisão condenatória na esfera penal vincula a esfera civil no tocante à existência do fato e autoria.

Art. 935 do CC: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Conclusões acerca das Estatísticas Apresentadas

Panorama das Ações de Reparação de Danos no Judiciário brasileiro

A partir da amostra obtida, é possível afirmar que a propositura de ações indenizatórias por danos advindos pela prática de cartel ainda é incipiente no Brasil frente ao número de condenações proferidas pelo CADE em casos de cartéis.

Follow-on Litigation vs Ações Stand Alone

Maior parte das ARDC envolvendo cartéis prescindem de discussão administrativa prévia e condenação do CADE (64% vs 36%).

Valor probante de uma decisão proferida pelo CADE

Nas ações analisadas, a existência de decisões proferidas pelo CADE foi considerada para fins de convencimento dos magistrados, o que demonstra o significativo valor probante de decisões proferidas em sede de processo administrativo. Apesar disso, não é possível afirmar que as decisões proferidas restringiram-se ao que foi decidido no âmbito administrativo.

Intervenção do CADE em Ações de Reparação de Danos

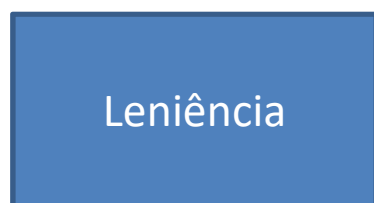
Observou-se a intervenção do CADE como Assistente em apenas um dos processos levantados, o que pode estar relacionado à natureza do direito tutelado por essa espécie de demanda. Em algumas ações analisadas, a autoridade manifestou seu desinteresse sustentando que se tratava de uma relação entre particulares que não afetava os direitos da coletividade.

Efeitos das Ações de Reparação de Danos nas decisões proferidas pelo CADE

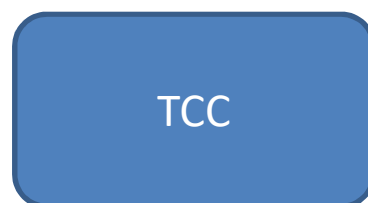
Não foi possível identificar, a partir da amostra obtida, ação que tenha surtido efeito na decisão proferida pelo CADE, o que está relacionado, em grande medida, ao momento de propositura dessas demandas (concomitante à investigação ou posterior ao julgamento feito pelo CADE).

Desafios às ARDCs

- Em termos de **Política Concorrencial**, como priorizar a aplicação dos institutos de forma a se fortalecer os efeitos dissuasivos no mercado: Leniência, TCC, Ações Criminais e ARDCs?



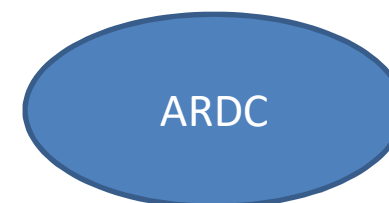
- ✓ Principal mecanismo de detecção de infrações
- ✓ Estímulo à cessação de condutas (teoria dos jogos)
- ✓ Benefícios (imunidade administrativa/criminal)



- ✓ Não se trata de mecanismo de detecção, mas instrumento de economia processual
- ✓ Critério de conveniência e oportunidade
- ✓ Crescente mecanismo de resolução de conflito



- ✓ Instrumento dissuasório robusto



- ✓ Não coberto por imunidade (leniência ou TCC)
- ✓ Pilar de reparação de danos

- **Desafio:** balanceamento dos instrumentos de forma a maximizar os efeitos dissuasórios, preservar o principal instrumento de detecção e garantir a reparação de danos causados.

Barreiras à Entrada para as ARDCs

- Barreiras Processuais - termo a quo e do prazo prescricional.

PLS 283/2016: minuta atual prevê aumento do prazo prescricional para ARDC de três para cinco anos, além de definir que o termo inicial se dará com a ciência inequívoca do ilícito, entendida como a publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE ou, alternativamente, [o desfecho da ação penal].

- Cálculo do Dano - sobrepreço

PLS 283/2016: dispositivo do PLS que condiciona o benefício de exclusão da responsabilidade solidária a coautores à entrega ao CADE de documentos que permitam a estimação do dano.

- Acesso a evidências/documentos que comprovem a prática da infração.

Resolução CADE nº 21: (i) ratifica a regra de publicidade dos documentos constantes dos procedimentos que correm perante o CADE; (ii) excepcionam o Histórico da Conduta (portanto a confissão) e outros documentos; (iii) MP que participe de Acordos de Leniência terá acesso ao HC para embasar ARDCs; (iv) conversão dos documentos e informações de acesso restrito (proposta e processo de negociação de Acordo de Leniência e TCC, e documentos que recebam tratamento sigiloso) em públicos.

- Na prática, qual a necessidade de instruir as ARDCs com prova da confissão?

Barreiras à Entrada para as ARDCs

- Incentivo Financeiro Suficiente?

PLS 283/2016: institui o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo. Contudo, ressarcimento em dobro exime os signatários de acordo de leniência e TCC.

- Responsabilização solidária.

PLS 283/2016: ratifica a responsabilidade solidárias pelos danos causados pelos autores da infração. Contudo, exime os signatários de acordo de leniência e TCC.

Análise dos principais casos dos últimos 3 anos:

Maiores condenações de cartéis pelo CADE nos últimos 3 anos				
Ano	Investigação	Leniência	TCCs	Condenados
2018	Cartel do sal	Não	1 (1 PJ e 1PF)	3 associações 18 PJ, 39 PF
2018	Cartel das embalagens flexíveis	Não	Não	2 associações 8 PJ, 8 PF
2017	Cartel no mercado de manutenção predial	Sim	4 (PJ)	5 PJ
2017	Cartel no mercado de serviços médico-hospitalares em Fortaleza/CE	Não	1 (PJ)	3 PJ
2016	Cartel do GLP no Pará	Não	2 (PJ)	1 PJ
2016	Cartel de licitações de lavanderias hospitalares no Rio de Janeiro	Não	1 (PJ)	7 PJ e 11 PF
2016	Cartel internacional de compressores para refrigeração	Sim	2 (2 PJ e 9 PF)	2 PJ e 3 PF
Total		2 com leniência	11 TCCs	5 associações, 44 PJ e 61 PF

Barreiras à Entrada para as ARDCs

- Longevidade de demandas judiciais.

*Discute-se a possibilidade de utilização de arbitragem para reparação de danos patrimoniais causados por práticas anticompetitivas, regulando-se assim os incentivos para sua adoção.
Canal alternativo, notadamente mais célere que a tradicional via judicial, para que haja a efetiva reparação.*

- Valor probatório das decisões do CADE.

*PLS 283/2016: torna a decisão do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.
Discussão acerca da necessidade deste instrumento vis a vis a relevância que o Poder Judiciário empresta às decisões do CADE.*

- Regras de tratamento sobre o *Pass-on*
- Tratamento Sigiloso das Ações.

Utilização de Segredo de Justiça deve ser limitado aos elementos sensíveis (como evidências sigilosas, valores envolvidos, segredos de negócio etc) do processo, de forma a se difundir conhecimento sobre as ARDCs, a exemplo das práticas do CADE.

Instrumentos legais de ressarcimento

- Art. 47 da Lei 12,529/11 c/c com art. 82 da Lei no 8.078/90: conferem legitimidade para as vítimas de infrações concorrenciais, bem como para o MP, União, Estados e Municípios, órgãos da AP direta ou indireta e associações para ingressarem em juízo para recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.
- Instrumentos legais - mecanismo tripartite:
 - Ações Privadas de Reparação: prejudicado direto
 - Ações Coletivas: direitos individuais homogêneos (reparação é individual e divisível, mas proposta coletivamente por econômica processual)
 - Ações Civas Públicas: defesa dos interesses difusos e coletivos.

Criação de Varas Especializadas

- Resolução nº 445: CJF aprovou a recomendação para especialização de varas com competência concorrente para processar e julgar feitos que versem sobre Direito da Concorrência e do Comércio Internacional.
- Portaria PRES nº 794/2017: Tribunal de Justiça da 3ª Região criou grupo de trabalho para estudo de viabilidade da implantação de varas federais especializadas.
- Estudo foi concluído e atualmente encontram-se na Presidência do TRF3, aguardando trâmite, seguindo para o Conselho do órgão na sequência.
- Outros TRFs atualmente em processo de discussão semelhante. Necessidade de alinhamento das propostas entre os diversos TRFs.
- Apesar de discussão focada nas Varas Federais, é possível - e desejável - que a especialização atinja ainda as Varas Estaduais, onde se encontra a maioria das ARDCs.
- Ainda, nota-se a presença de diversas ARDCs atualmente nas varas especializadas.

Criação de Varas Especializadas

- Pontos de destaque:
 - Processos judiciais relacionados a Concorrência e Comércio Internacional tradicionalmente exigem discussão técnica muito específica.
 - A discussão sugere especialização não exclusiva de varas em número suficiente para atender à demanda da sociedade sem onerar excessivamente os juízes lotados nas varas.
 - Seria desejável a existência de mais de uma vara especializada, de forma a evitar concentração excessiva da matéria e também aumentar o número de magistrados com conhecimento técnico dos temas.
 - É desejável uma regra de transição para processos em curso nas varas não especializadas não exclusivas. Seria desejável uma regra que vinculasse a redistribuição dos processos em conformidade com o momento da sua fase de instrução.
 - É igualmente desejável que haja algum nível de especialização na segunda instância, ou seja, no próprio TRF3.



Obrigado!

Bruno Drago

+55 11 3356 1776

+55 11 97405 7676

bdrago@demarest.com.br

Av. Pedroso de Moraes, 1201, 05419-001,

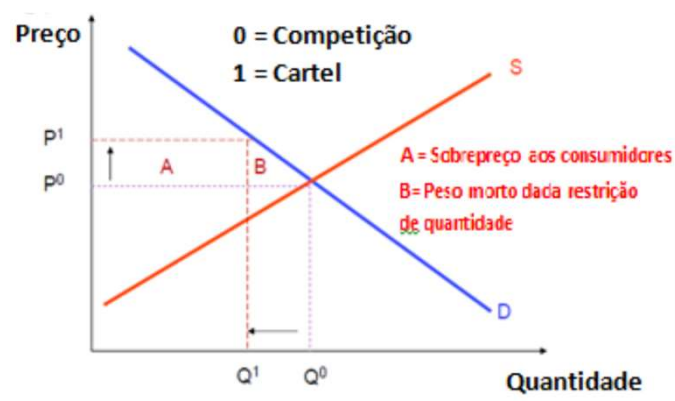
Sao Paulo, SP, Brasil

Cálculo de Danos no âmbito das ARDCs

Fabiana Tito

Conceito Econômico de Cartel

- O cartel simula o comportamento de um monopolista. Comparado à concorrência, as quantidades comercializadas serão ↓ e os preços ↑.



- O cartel monopolista deve ter o controle da oferta. Para tanto, o agente busca fixar preços, dividir mercado e, em alguns casos, impor tetos ou quotas de produção para cada participante.
- Efeito mais comum do cartel: **aumento de preços (sobrepreço)** e a **menor quantidade comercializada** de bens e serviços. No entanto, podem também resultar em **menor variedade e qualidade de produto**.

Danos causados pelo cartel

- O aumento das políticas de combate a cartéis ensejou maiores esforços para estimar o impacto econômico no bem-estar provocado por tais condutas.
- Literatura Antitruste e de Organização Industrial unânimes: **os danos totais** aos consumidores decorrentes do cartel são **decompostos em três fatores**:
 1. **Sobrepço** ou aumento de custo (preço adicional pago pelo comprador pelo insumo cartelizado (*overcharge*),
 2. **Repasse** de parcela do sobrepço aos consumidores finais (*pass-on effect*) – cálculo de dano privado, e
 3. **Perda de vendas** ou da quantidade consumida (*output effect*).
- A principal medida de dano econômico considerado, seja pelas Autoridades de Concorrências ou pela literatura, **é o sobrepço**.
- **Ação de reparação de danos requer analisar todos os fatores!**

Danos causados pelo cartel

- A quantificação de danos de cartel é uma etapa fundamental :
 - **Estabelece desde o nível apropriado de compensação das vítimas do cartel (consumidores diretos e indiretos), em ARDCs, quanto**
 - Estima os lucros ilegais extraídos pelas firmas partícipes do cartel e embasa o cálculo de multas ótimas às firmas aplicadas pelas autoridades de defesa da concorrência.
- Há diversos métodos e modelos que podem ser utilizados para quantificar os danos causados pelo cartel, especialmente relacionado ao sobrepreço.
- A escolha do modelo apropriado depende da qualidade e quantidade das informações disponíveis assim como das premissas utilizadas no modelo.
- Trata-se de uma avaliação caso a caso.

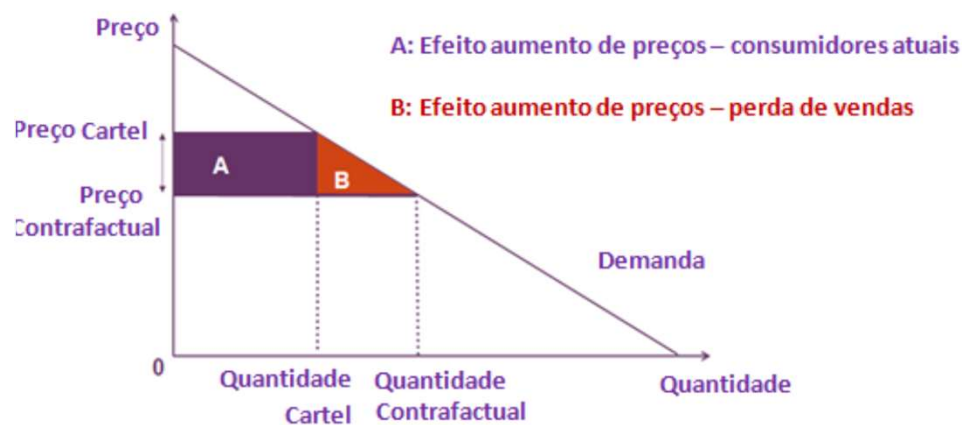


Quantificação de danos - sobrepreço

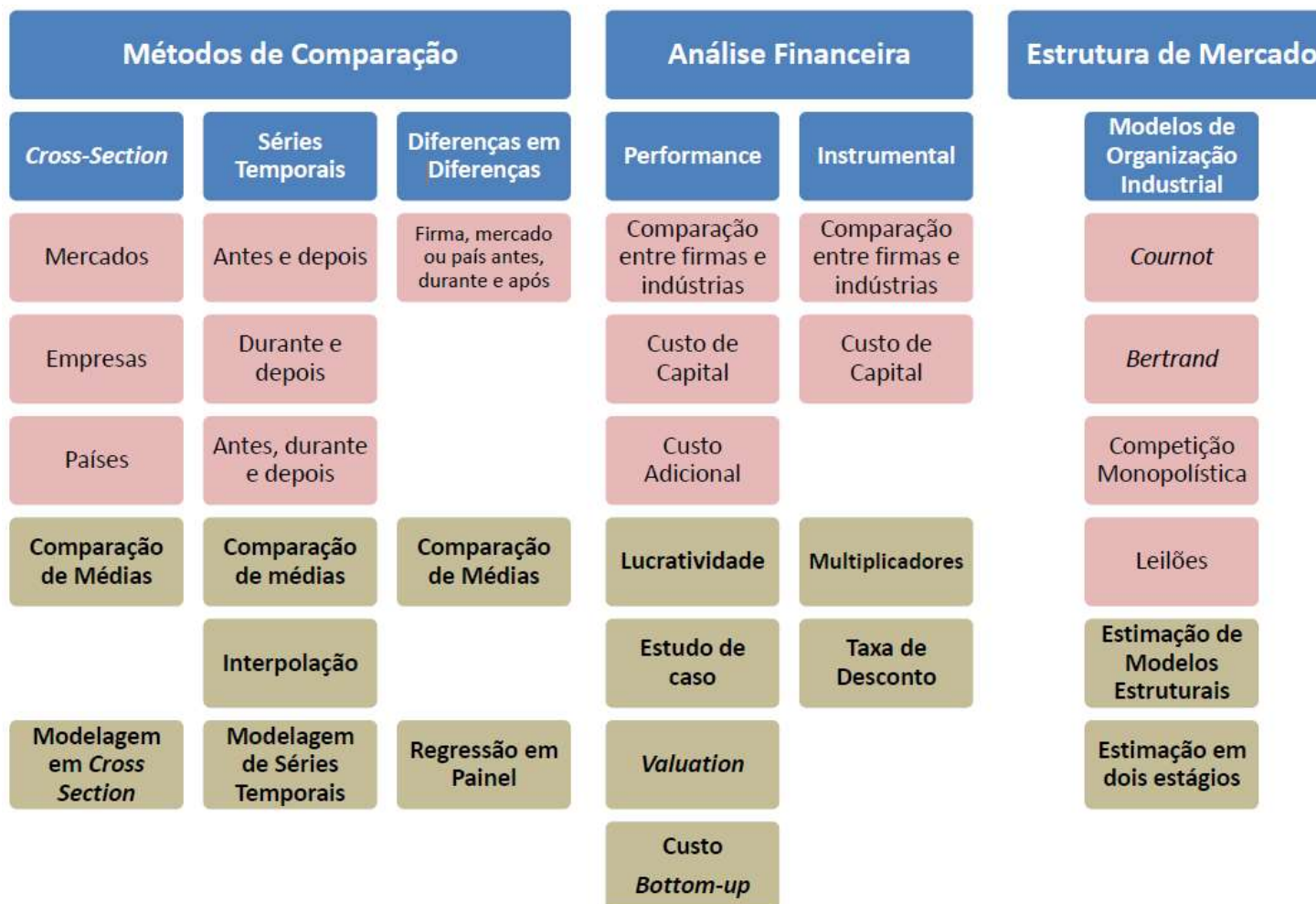
- **Sobrepreço:** diferença entre o preço fixado no período de cartel e aquele cobrado caso o cartel não existisse (*but for price* ou *preço no contrafactual*).

$$\text{sobrepreço} = p^{\text{cartel}} - p^{\text{but for price}}$$

- Como obter dados de P e Q para cálculo do sobrepreço?
 - Período do cartel: documentos apreendidos ou fornecidos pelas empresas.
 - Contrafactual: obtenção do *but for price* (ou preço do contrafactual) nem sempre é direta, envolvendo questões metodológicas quanto à adequada forma de mensuração.



Métodos de cálculos do sobrepreço



Métodos de Cálculos do Sobrepreço

Métodos mais usados: econometria como principal instrumento

- Abordagem comparativa: mais utilizada dentre todas.
 - Forma mais rigorosa de se aplicar a abordagem comparativa é via estimação de modelos de regressão => relação entre o mercado cartelizado e as variáveis causais que afetam o preço.
 - Leva em consideração as diferenças entre mercados/períodos investigados e não investigados da conduta.
 - Permite controlar por importantes fatores que podem afetar o comportamento do mercado, mas que não estão interligados à conduta (custos, alterações macroeconômica, ou de política que afetam o preço, etc.).
 - Escolha das variáveis a ser incluídas nos modelos deve ser guiada pelo conhecimento do mercado.
- Abordagem de estrutura de mercado: dificuldade é a imposição de premissas e pressupostos que reflitam com precisão o mundo real. A depender do modelo assumido, valores diferem sobremaneira.
- Abordagem Financeira: único ponto crucial é a dependência de dados privados normalmente não disponíveis tais como margens e custos.

Efeito *Pass-on* e Perda de Vendas

- O sobrepreço é o principal componente direto de danos, entretanto, ele não é o único.
- 2 fatores relevantes do cálculo do dano ao consumidor:
 - ***Pass-on effect***: consumidor diretamente afetado pela conduta cartelizada **repassa** (total ou parcialmente) o **sobrepreço aos seus próprios consumidores** (consumidores finais na cadeia), de forma que **tal parcela de repasse deve ser descontada do sobrepreço no cálculo do dano do consumidor direto.**
 - ***Output effect***: **perda de vendas quando há repasse** (total ou parcial) diante ao aumento do custo do insumo (sobrepreço) para os consumidores finais, o que **leva à diminuição das vendas totais.**
- **Dano Total: sobrepreço + perda de vendas**, visto que o efeito *pass-on* é uma mera transferência do dano entre o consumidor direto para o consumidor final, não importando para o cálculo do dano total.
- **ENTRETANTO**, ele é extremamente importante para o cálculo de danos em ARDCs - consumidores (diretos e finais)!

Efeito *Pass-on* e Perda de Vendas

- Quando a fabricação de um produto envolve diferentes elos da cadeia => firma intermediária a jusante (*downstream*), ao comprar o insumo da empresa fabricante cartelizada a montante (*upstream*), pode haver repasse (total ou parcialmente) do sobrepreço a seus consumidores.
- **Consumidor direto:** se houver repasse, o montante do *pass-on* deve ser descontado do sobrepreço no calcular do dano do consumidor direto.
- Se o comprador direto repassar parte do sobrepreço (*pass-on*), os consumidores finais podem reagir comprando menos, que é o efeito perda de vendas (*output effect*).

Partes afetadas pela prática de aumento de preço (cartel)



Efeito *Pass-on* e Perda de Vendas

- Diante a esse contexto: **consumidores intermediários podem não sofrer os danos do sobrepreço de forma integral!**
- A não consideração desse fator pode superestimar o dano! Parcela do dano obtida pelo sobrepreço precisa ser descontada do efeito *pass-on*!
- Esta **parcela de dano é bastante relevante em pedidos de reparação de danos em processos civis**, pois a **defesa baseada no *pass-on* pode**, a depender das características do mercado, **diminuir a parcela requerida de indenização!**
- Lembrando sempre que, quando há efeito repasse, necessariamente há que se avaliar o efeito de perda de quantidade (efeito positivo), caso contrário o dano pode acabar sendo subestimado.

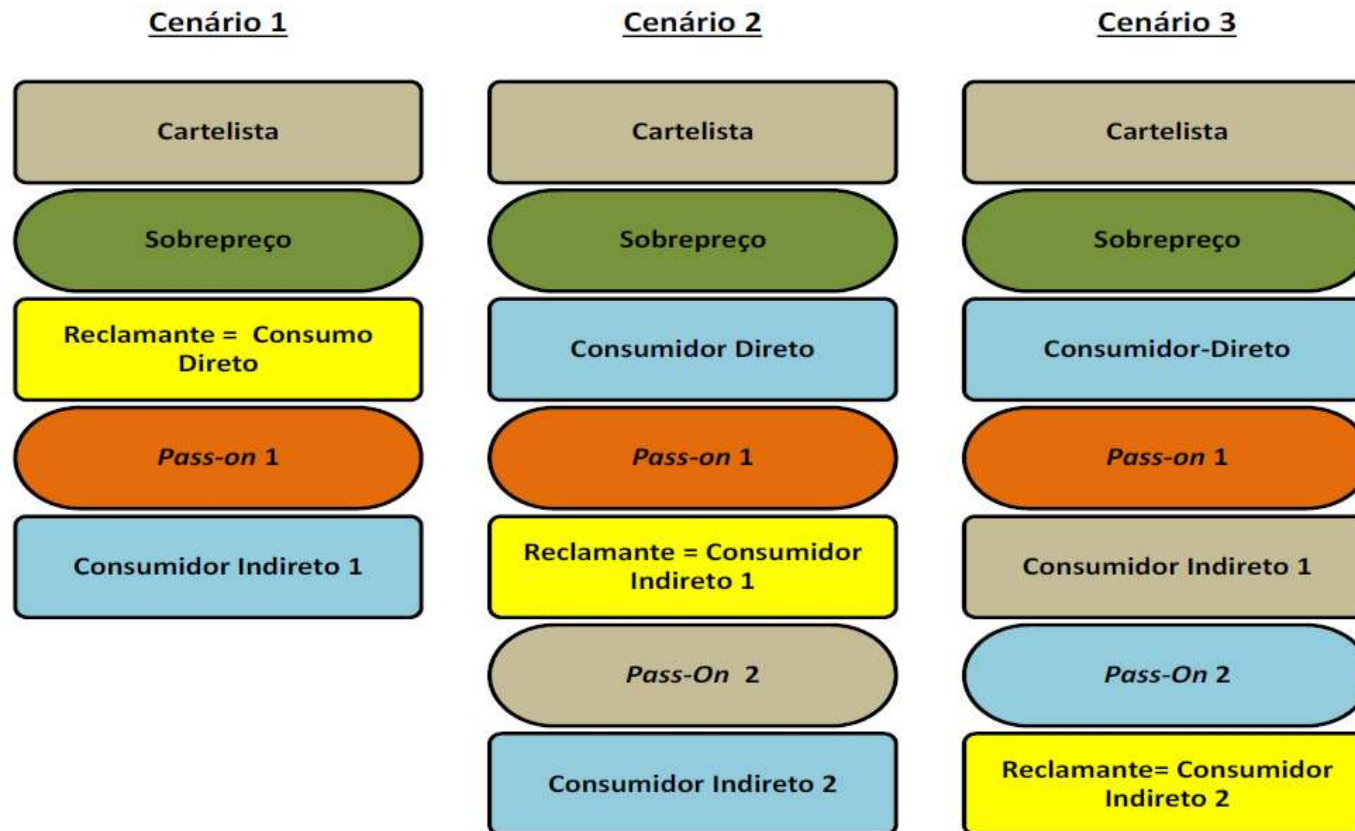


Efeito *Pass-on*

- A capacidade de passar adiante (*pass-on*) depende de uma série de condicionantes:
 - Importância do insumo no custo total do produto, formato da curva da demanda e do custo; número de firmas atuantes no mercado a jusante; número de firmas não afetadas pelo cartel; grau de competição entre os competidores; elasticidade da demanda e oferta, entre outros.
- Principal: tipo de competição existente no mercado e o impacto do cartel nos agentes (2 tipos):
 1. **Impacto em toda indústria**: quando todos os consumidores diretos são afetados da mesma forma pelo aumento do custo do insumo (sobrepço), chamado na literatura de *industry-wide*. (*desconto costuma ser positivo*)
 2. **Impacto específico a firmas**: quando apenas parte (ou até mesmo uma) das firmas é afetada pela prática do cartel (chamado de *firm-specific*). Seja porque a firma *upstream* é verticalmente integrada à firma *downstream* ou quando alguns compradores diretos podem recorrer a alternativas de fornecimento. (efeito dúbio)

Considerações do Efeito *Pass-on*

Como avaliar o efeito repasse, a depender de quem move a ação de reparação de danos: consumidor direto, indireto ou o consumidor final?



Na alegação de repasse, há que sobrepesar a existência de outro elemento que majora o dano (consequente efeito perda de vendas) e possíveis processos na cadeia à frente => pass-on e output effect têm efeitos opostos no cálculo do dano.

Etapas da Estimação de Danos Totais em ARDCs

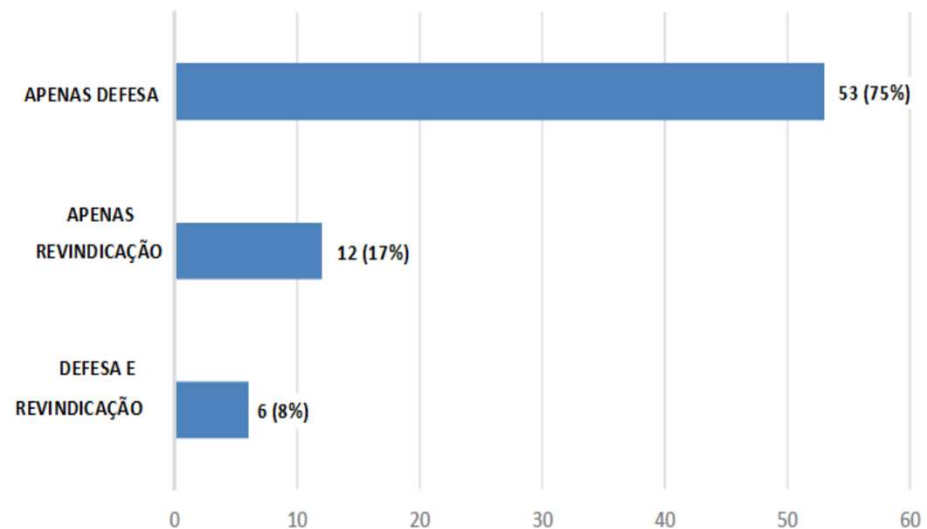
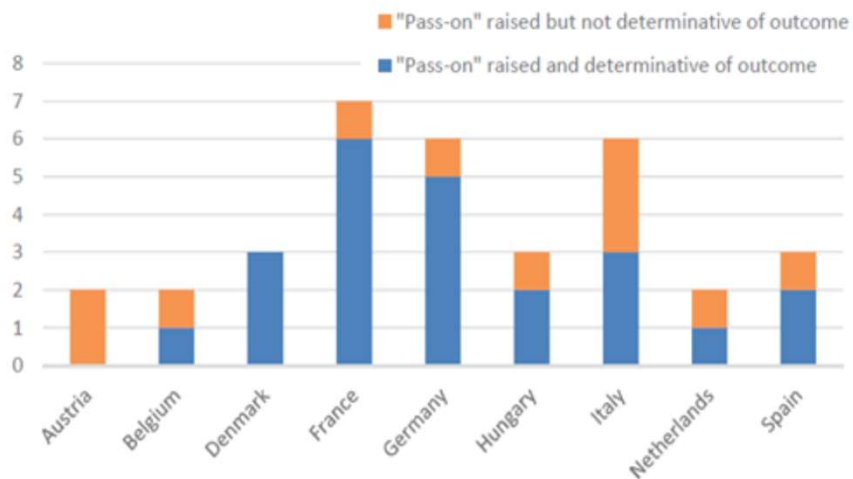


Considerações acerca do *Pass-on*

- Uso da defesa do *pass-on*:
- **Jurisdições:** Estados Unidos não consideram o argumento do *pass-on* válido para ações de reparação de danos, enquanto a Europa tem incluído o repasse no cálculo do dano total.
 - **EUA:** argumento desincentiva o pedido de indenização, visto que os consumidores finais, em geral, estão dispersos e têm fraco posicionamento em relação às firmas *upstream* para solicitar a reparação dos danos sofridos.
 - ✓ A desconsideração do efeito do *pass-on* pode inclusive ter interferência no crescente número de ações de reparação de danos nos Estados Unidos.
 - ✓ Base de dados de cartéis internacionais de Connor, chamada de PIC (2016): 95% das ações do mundo todo são dos EUA, enquanto que 4% é proveniente da Europa.
 - **Cortes europeias:** têm um entendimento distinto. Nestas jurisdições, o pagamento de danos devidos tem que considerar restituição equitativa

Considerações acerca do *Pass-on*

Casos europeus com argumento do *pass-on* e sua efetividade na decisão.



Manual Seprac: Cálculo de Danos em Cartel

1. Introdução	4
1.1.A análise econômica do direito, valor ideal da compensação pelo dano e dissuasão	4
1.2. Cálculo do Dano	11
2. Identificando cartéis	15
2.1. Conceitos Básicos	15
2.1.1. Poder de Mercado e a Formação de Cartéis	15
2.1.2. Modelos Clássicos de Estrutura de Mercado	19
2.1.3. Efeitos da Formação de Cartéis sobre o Bem-Estar Social	24
2.2. Métodos para Detecção de Cartéis	28
2.2.1. Métodos Baseados na Estrutura do Mercado	31
2.2.2. Métodos Comportamentais	36
3. Técnicas Quantitativas para Mensuração de Sobrepreço	50
3.1. Experiência Internacional	53
3.2. Métodos Comparativos	56
3.3. Métodos Baseados na Estrutura das Empresas ou Mercados	69
4. Técnicas Quantitativas para mensuração de repasse de sobrepreço	77
5. Conclusões	93
6. Referências	94
7. Anexo	97
7.1. Econometria: Princípios Básicos	98
7.1.1. Econometria: Princípios Básicos - Método de Mínimos Quadrados Ordinários	112
7.1.2. Econometria: Princípios Básicos - Hipóteses do método de MQO	113
7.1.3. Econometria: Princípios Básicos - Propriedades do Estimador de MQO	115
7.1.4. Econometria: Princípios Básicos - Variáveis Instrumentais e o Método de Mínimos Quadrados em Dois Estágios	116
7.2. Identificando Cartéis	118
7.2.1. Anexos Matemático e Estatístico	118
7.2.2. Estado da Arte*	127
7.3. Técnicas Quantitativas para Mensuração de Sobrepreço	137
7.3.1. Estado da Arte*	137
7.4. Introdução ao uso de Modelos Econométricos Estruturais para Análise de Concorrência*	143

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL



Tendências
consultoria integrada

Obrigado!

Fabiana Tito

Rua Estados Unidos, 498,
01427-000, São Paulo, SP
Tel 55-11-3052-3311, Fax 55-11-3884-9022
tendencias@tendencias.com.br
www.tendencias.com.br