Indenização por Danos Causados por Práticas Anticompetitivas

Ana Paula Martinez

15 de março de 2021 – OCDE/CADE Workshop

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

1

Natureza da ação

Natureza Compensatória

- ✓ Art. 944 do CC: "*a indenização mede-se pela extensão do dano*".
- ✓ Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "*o art. 944, caput, do CC não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil*".
- ✓ O ordenamento jurídico brasileiro já prevê repressões administrativa e penal para práticas anticompetitivas, devendo a natureza da ação de indenização ser exclusivamente compensatória (afastando a incidência de danos morais e *treble/double damages*) – sem negar, claro, o efeito dissuassório do *enforcement* privado.
- ✓ Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho: "*Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras*."

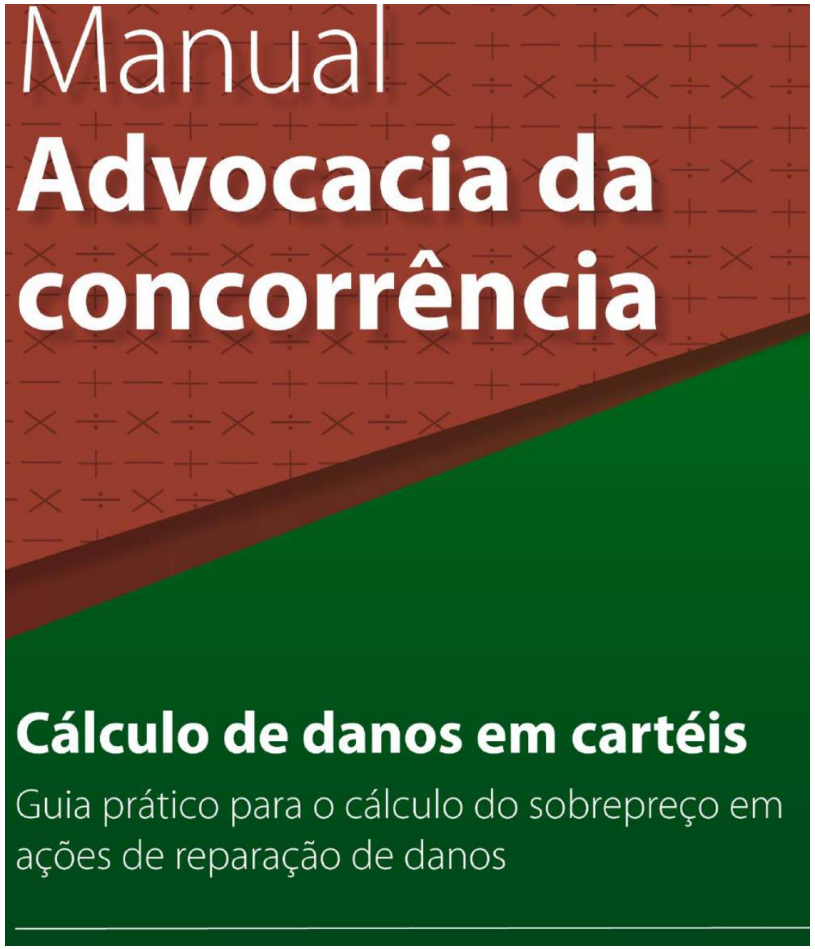
2

Extensão do Dano

Como calcular o dano?

- ✓ Art. 402 do CC: "*(...), as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*".
- ✓ Dano (seja individual ou coletivo) na esfera privada não equivale à "*vantagem auferida*" pelo infrator, que por vezes é calculada pelo CADE.
- ✓ Métodos para se determinar o contrafactual: a) comparativos (mais usados); b) de simulação; c) baseados nos custos e no desempenho financeiro.
- ✓ Tipicamente, diversos métodos devem ser testados, para se obter um grau aceitável de certeza quanto à quantificação do dano.
- ✓ "*Se não é possível avaliar qual o montante total do dano causado, a única solução possível é a de se proceder a liquidação até o limite em que é possível aferir o valor devido em um grau aceitável de certeza. O valor remanescente, contudo, se não pode ser apurado com base nesse critério, não deve ser indenizado*" (STJ, Resp. 1.280.949-SP,307, Ministra-Relatora Nancy Andrighi).

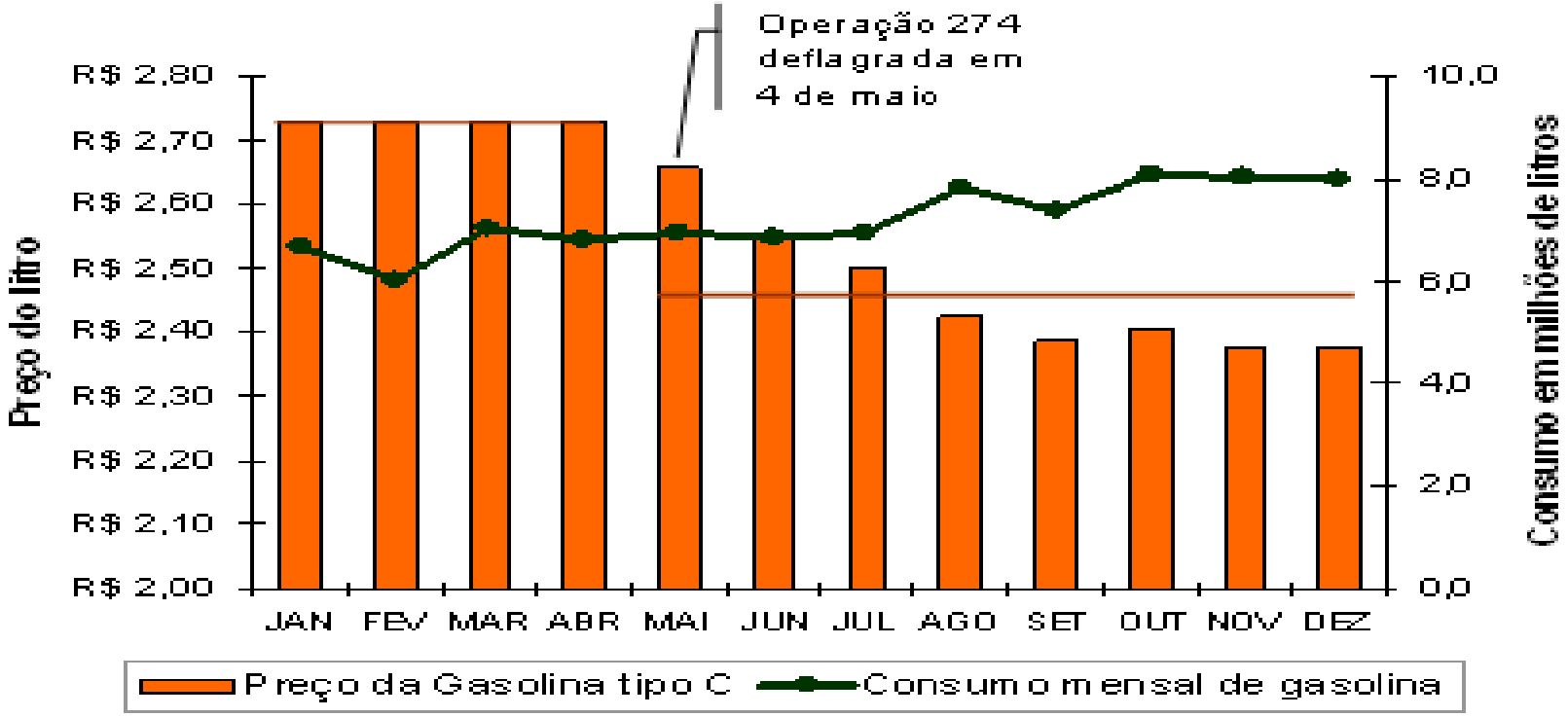
Métodos para o Cálculo do Sobrepreço



Métodos de Comparação			Análise Financeira		Estrutura de Mercado
Cross-Section	Séries Temporais	Diferenças em Diferenças	Performance	Instrumental	Modelos de Organização Industrial
Mercados	Antes e depois	Firma, mercado ou país antes, durante e após	Comparação entre firmas e indústrias	Comparação entre firmas e indústrias	*Cournot*
Empresas	Durante e depois		Custo de Capital	Custo de Capital	*Bertrand*
Países	Antes, durante e depois		Custo Adicional		Competição Monopolística
Comparação de Médias	Comparação de médias	Comparação de Médias	Lucratividade	Multiplicadores	Leilões
	Interpolação		Estudo de caso	Taxa de Desconto	Estimação de Modelos Estruturais
Modelagem em *Cross Section*	Modelagem de Séries Temporais	Regressão em Painel	*Valuation*		Estimação em dois estágios
			Custo *Bottom-up*		

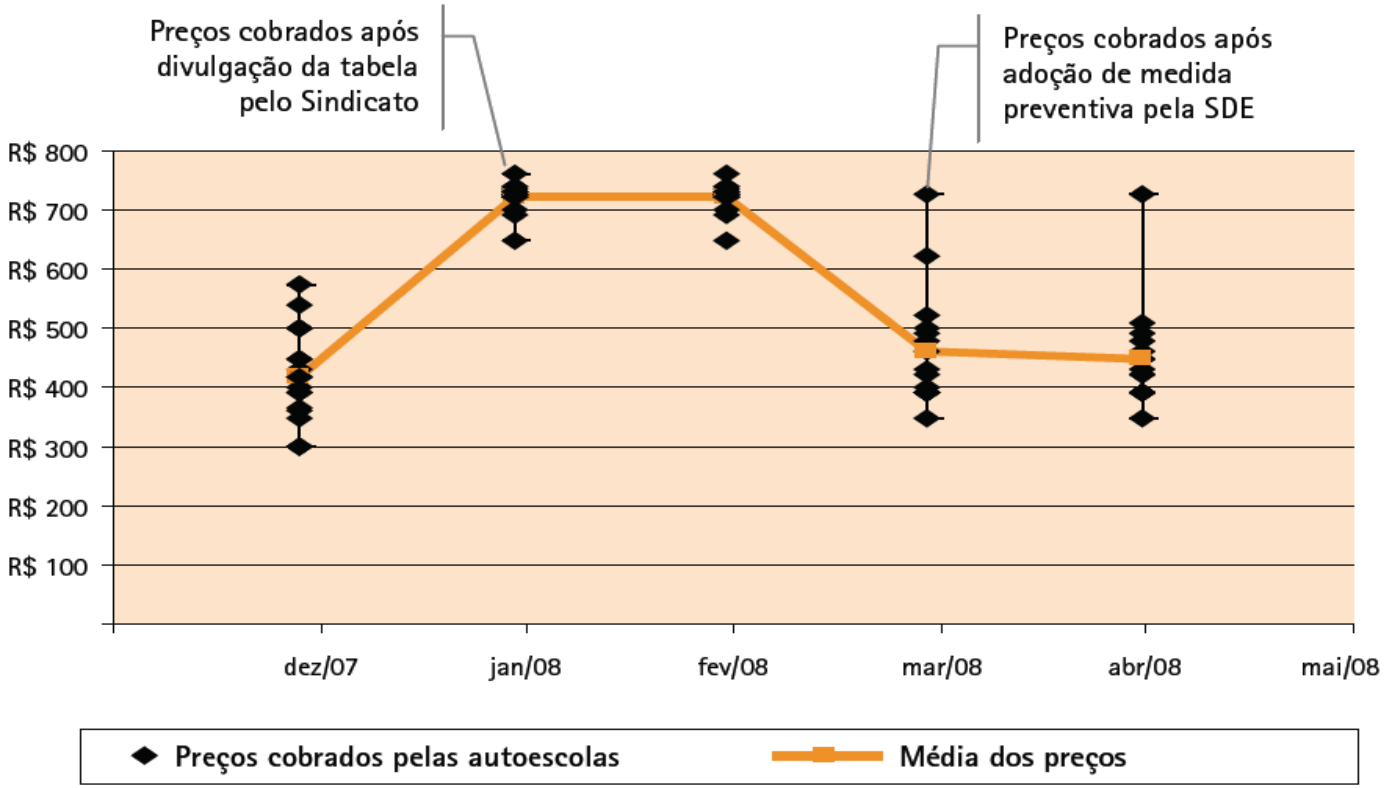
Fonte: Tabelas extraídas de Tito, Fabiana. Cálculo de Danos no âmbito de ARDCs, 24º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência (2018), disponível em https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/383/Slides%20-%20Painel%202%20-%20A%C3%A7%C3%B5es%20de%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20Civil.pdf.

Exemplos de métodos comparativos (1/3)



Operação Pacto 274: Economia de R$ 32 milhões
Evolução do preço e do consumo de gasolina tipo C em João Pessoa

Exemplos de métodos comparativos (2/3)



Efeito de tabelas "sugestivas": R$1 milhão de transferência indireta em Campinas, Auto-Escolas em janeiro de 2008

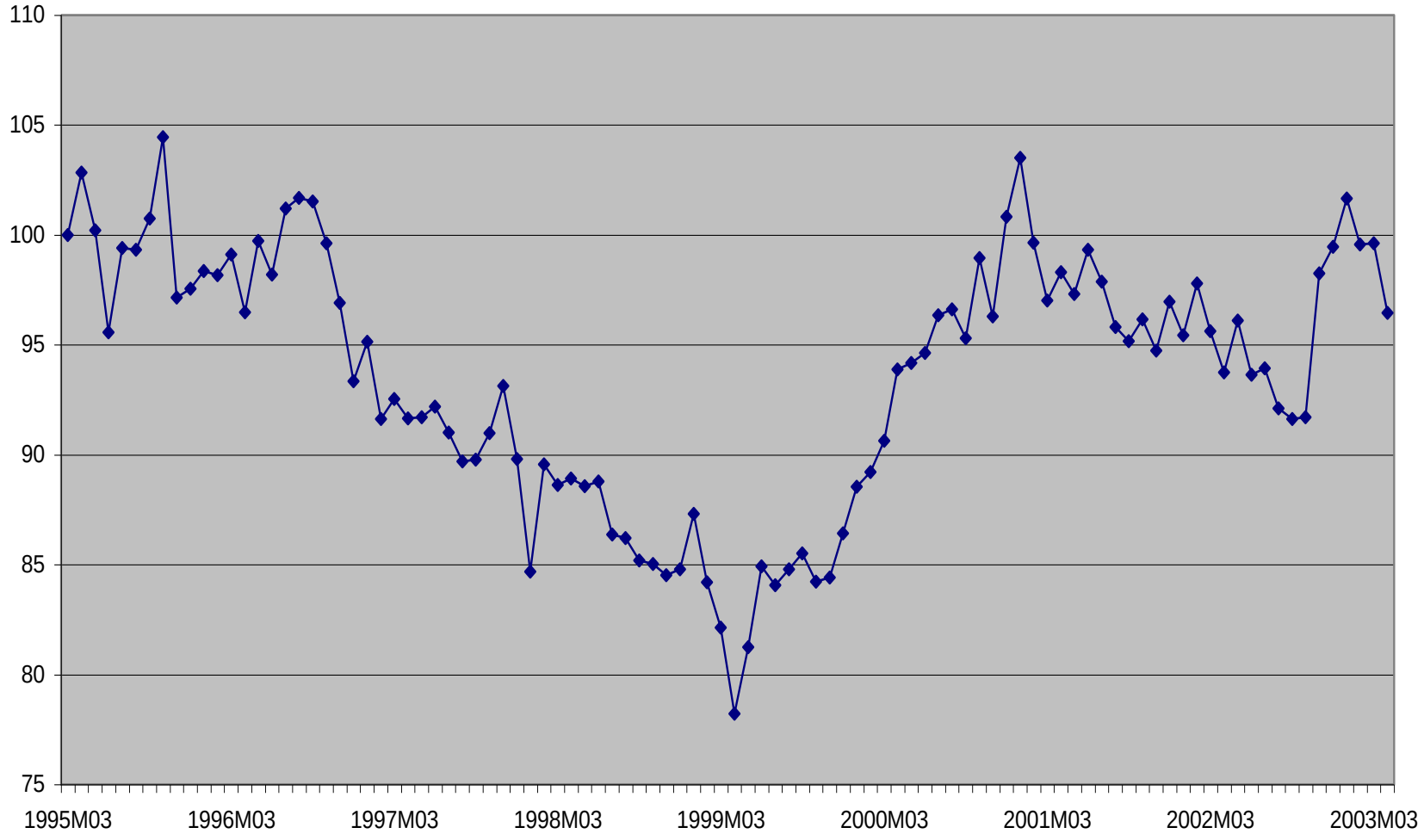
Metas do I Seminário

- ✓ Evolução do preço médio : R$ 12,50 – 30/06/00
  R$ 14,50 – 31/12/00
  R$ 16,00 – 30/06/01
- ✓ Aumentar a participação do GRUPO – 68% → 75%
- ✓ Elaborar até 12/00 – Plano de Revisão de Cotas
- ✓ Eliminar toda informalidade até 12/00
- ✓ Implantar o Sistema de Venda a Pe[illegible]
- ✓ Implantar o PME até 31/03/00 e o Sisco até 01/05/00

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

Evolução do Preço da Brita na RMSO

Deflacionado pelo Índice de Preço de Pedra Britada do IBGE



3

Relativa independência das esferas

Maioria das ações não está relacionada à condenação do CADE (dados até 2017)

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

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

Fonte: Tabelas extraídas de Drago, Bruno. Reparação de Danos: 3ª Revolução do Antitruste?, 24º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência (2018), disponível em https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/383/Slides%20-%20Painel%202%20-%20A%C3%A7%C3%B5es%20de%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20Civil.pdf.

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

Como compatibilizar as decisões das diferentes esferas?

- ✓ Art. 935: "*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*."
- ✓ Como proceder em casos em que o CADE e o juízo criminal valorem de forma diversa os fatos?
  - ✓ "*Considerar que a decisão do CADE sobre abuso de poder econômico reflete situação paralela à do Conselho de Contribuintes em matéria tributária é equivocado. O Conselho de Contribuintes vai dar o quantum debeatur que configura a condição objetiva de punibilidade, segundo a Augusta Corte. Na hipótese do CADE, é mera apreciação administrativa sobre a existência de abuso de poder econômico. Não é condição objetiva de punibilidade e sim uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo. E sendo elemento do tipo, o procedimento administrativo no CADE não enseja a discussão em torno do art. 93 do CPP*." (STJ, RHC 17.418 - RS (2005⁄0040216-4) d.j. 18.05.2005

Relevância da decisão da autoridade antitruste

✓Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, Art. 9o:

Efeito das decisões nacionais

1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.o ou do artigo 102.o do TFUE ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.o 1 sejam proferidas noutro Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova prima facie de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes.

Suspensão do processo até julgamento da ação anulatória contra a decisão do CADE

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Formação e participação de cartel, para a majoração do preço do cimento – Agravo de instrumento – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante, determinou a suspensão do processo, até o julgamento das ações anulatórias propostas contra decisão do CADE - na qual se funda a pretensão indenizatória - e consignou que a necessidade de produção de outras provas será examinada após a cessação da suspensão do feito e a conclusão da prova pericial determinada – (...) PROVA PERICIAL – Insurgência contra a produção de prova técnica – Requisito de admissibilidade do recurso – Cabimento – Ausência – Decisão recorrida, que, em tal ponto, não versa sobre nenhum das hipóteses previstas na lei processual civil – conhecimento obstado no tópico – Recurso provido, em parte, na parcela conhecida.
(TJ-SP - AI: 21038890920188260000 SP 2103889-09.2018.8.26.0000, Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira, Data de Julgamento: 11/10/2018, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/10/2018)

4

“Passing-on defense”

Locupletamento indevido?

- ✓Quando produtos ofertados no mercado cartelizado são insumos para a produção de outros produtos, o sobrepreço pode ter sido repassado – ao menos em parte – ao longo da cadeia produtiva e o prejuízo termina por recair, ainda que parcialmente, sobre o consumidor final.
- ✓Deveria esse fato ser suficiente para afastar o pleito do autor?
  - ✓Guia da Seae (2018) reflete visão europeia: "*esse efeito deve ser mensurado e considerado na indenização, com o objetivo de afastar o locupletamento indevido do autor da ação. No limite, o fornecedor que repasse integralmente para o consumidor o valor do sobrepreço não fará jus a qualquer indenização*."
  - ✓Suprema Corte dos EUA tem, **acerdatamente**, visão contrária (Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968)).

Jurisprudência nacional incipiente

- ✓ "*A ocorrência de cartel, ainda que demonstrada, não ensejava o acolhimento automático da pretensão, eis que gera um dano difuso à sociedade" (...) "empresas repassa[m] os custos de produção ao consumidor, por visar, eminentemente, ao lucro"*. (AC 1076730-36.2017.8.26.0100; 5ª Câmara de Direito Privado TJSP; Des. Relator Fábio Podestá; d.j. 29.5.2019).
- ✓ "*custos com insumos básicos, dentre os quais tem decisiva relevância o cimento, são necessariamente considerados na formação dos preços e, por isso, repassados ao mercado de consumo*" (...) "*os procedimentos de formação de preços consideram custos fixos e variáveis para fins de repasse ao consumidor final*" (TJSP; AC 1077205-89.2017.8.26.0100; 30ª Câmara de Direito Privado TJSP; Desembargador Relator Carlos Russo; d.j. 27.11.2019).
- ✓ "*notadamente quanto ao processo de formação de preços, tais custos são distribuídos nos produtos e serviços, de acordo com a estratégia mercadológica adotada, motivo pelo qual se verifica que a requerente não sofreu qualquer prejuízo*" (PCC 1047853-52.2018.8.26.0100; 39ª Vara Cível do Foro Central, Juíza Daniela Pazzeto Meneghine Conceição; d.j. 30.4.2020).

Passing-on defense

- ✓ Direito Privado brasileiro sempre presumiu que quem sofre prejuízo tem direito à reparação, independentemente de repasse
  - ✓ Essa discussão poderia se dar em qualquer situação de indenização sobre variáveis que afetam custos. Por exemplo, se a Petrobras ingressar com ação de indenização contra um de seus fornecedores por falha no maquinário, ninguém alega que ela não poderia fazer jus à indenização se tiver de alguma forma repassado o valor na cadeia. Não há exigência de demonstrações econométricas de que o prejuízo não foi repassado
- ✓ Eventual locupletamento parcial é menos grave que não haver efetividade no *enforcement* civil (consumidores atomizados que sofreram danos indiretos dificilmente ingressarão com as ações para reaver o prejuízo, o que levaria a uma situação em que o infrator é beneficiado)
- ✓ Aceitar o *passing-on defense* é ignorar os efeitos de 2a ordem da decisão: na maioria dos mercados, é esperado que o intermediário na cadeia que foi indenizado irá, em algum momento, repassar esse ganho para os consumidores (via investimentos, política de descontos, etc).
- ✓ Paralelo com tributos indiretos é válido: Diante de sua ilegitimidade, contribuinte de fato deve aguardar que o contribuinte *de iure* tenha êxito na ação ajuizada contra o Fisco e, posteriormente, requerer deste a restituição dos valores com base em norma de direito privado.

Cliente indireto seria parte legítima?

- ✓ No PCC 1047853-52.2018.8.26.0100; 39ª Vara Cível do Foro Central, d.j. 30.4.2020, reconheceu-se a legitimidade do cliente indireto ingressar com pedido de indenização por danos de cartel, fazendo-se paralelo com jurisprudência do STJ que reconhece a legitimidade do consumidor final acerca dos pedidos de repetição de indébitos quanto ao ICMS sobre demanda de energia elétrica contratada e não utilizada (REsp 1.299.303/SC, Ministro-Relator Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, d.j. 8.8.2012).
- ✓ Contudo, entendimento acima do STJ vale apenas para serviços públicos concedidos. Regra geral vai na linha oposta:
  - ✓ "*Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua constituição jurídica, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (art. 166 do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido. O contribuinte de fato" não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo a "tributo indireto" recolhido pelo "contribuinte de direito", por não integrar a relação jurídica tributária pertinente* (REsp 903.394/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, d.j. 24.03.2010).

5

Umbrella Damages

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

Ana Paula Martinez
amartinez@levysalomao.com.br
+55 11 3555.5059
OAB-SP 223.645 | BAR-NY