

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

Rodolpho Pinto de Andrade

REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL

São Paulo

2019

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

Rodolpho Pinto de Andrade

REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do curso de pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Político e Econômico, linha de pesquisa “O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos”.

Orientador: Prof. Dr. Vicente Bagnoli

São Paulo

2019

RODOLPHO PINTO DE ANDRADE

REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2019.

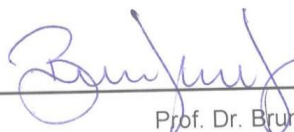
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Vicente Bagnoli
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Hamid Charaf Bdine Junior
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Bruno Drago
Universidade de São Paulo (USP)

RESUMO

A presente dissertação de mestrado visa a estudar a reparação de danos decorrentes da prática de cartel, a qual é considerada como a mais grave infração à ordem econômica. No primeiro capítulo, será realizada uma introdução dos aspectos econômicos que embasam a prática anticoncorrencial e as características do cartel, bem como examinar-se-á a disciplina jurídica do cartel no direito brasileiro, estudando-se as normas que preveem a responsabilização pela prática de cartel na lei concorrencial. No segundo capítulo, o instituto da responsabilidade civil é examinado assim como os pressupostos da reparação civil (ato ilícito, culpa, nexo causal e dano), a legitimidade ativa e passiva para as ações indenizatórias, a interação entre a responsabilidade civil e o programa de leniência, bem como a prescrição da pretensão indenizatória. O terceiro capítulo pretende analisar as perspectivas do instituto da reparação de danos decorrentes do cartel no panorama jurídico brasileiro. Finalmente, a conclusão procurará expor de maneira sistematizada as principais ideias apresentadas ao longo do trabalho, bem como avaliar o estágio atual da responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: reparação de danos, cartel, indenização.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the repair of damages resulting from the practice of cartel, which is considered as the most serious infraction of the economic order. In the first chapter, an introduction will be made of the economic aspects that underpin the anticompetitive practice and the characteristics of the cartel. In the second chapter, the institute of civil liability will examine the legal discipline of the cartel in Brazilian law, studying the rules that provide for liability for cartel practice in the competition law. The third chapter intends to analyze the perspectives of the institute of repair of damages resulting from the cartel in the Brazilian juridical panorama. In this context, the assumptions of civil reparation (wrongful act, fault, causal link and damage) are examined, the active and passive legitimacy for indemnity actions, the interaction between civil liability and the leniency program, as well as the prescription of the claim indemnification. Finally, the conclusion will seek to present in a systematized way the main ideas presented throughout the work, as well as to evaluate the current stage of civil liability for damages resulting from the practice of cartel in Brazilian law.

KEY WORDS: tort, cartel, indemnification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - Estruturas de mercado	11
1.1 - Concorrência perfeita	11
1.1.2 - Oligopólios.....	13
1.1.3 - Monopólios.....	15
1.2 - Condutas Colusivas e suas modalidades	16
1.3 - Cartel	19
1.3.1 – Definição de cartel.....	19
1.3.2 – Tipos de cartéis.....	21
1.3.3 - Consequências da prática do cartel.....	23
1.3.4 - Tratamento do cartel pelo Sistema Jurídico Brasileiro.....	25
1.4.4.1 - O cartel nas Leis nº 8.137 de 1990, Lei nº 8.249 de 1992, Lei nº 8.666 de 1993, e Lei nº 12.846 de 2013	29
1.3.5 - Detecção e persecução privada de um cartel.....	33
CAPÍTULO 2 – REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL NO BRASIL	37
2.1 - O dever de reparação	37
2.2 - Pressupostos para a Responsabilidade Civil	40
2.2.1 – Ato Ilícito.....	40
2.2.2 – Culpa.....	43
2.2.3 - Nexo Causal.....	45
2.2.4 – Dano.....	48
2.3 - Princípio da Reparação Integral dos Danos	53
2.4 - Legitimidade Ativa da ação de reparação de danos concorrenciais	56
2.4.1 – Ações Coletivas.....	57

2.4.2 – Legitimidade Passiva.....	59
2.5 - Principais dificuldades encontradas no ajuizamento de ações de reparação de danos decorrentes da prática do cartel.....	60
2.5.1 – Acesso às provas.....	60
2.5.2 – Termo inicial e Prescrição.....	62
2.5.2.1 - Ação Judicial de Protesto Interruptivo de Prescrição.....	65
2.5.3 - Danos concorrenciais e programas de leniência.....	66
2.5.4 - Importância da quantificação dos danos e principais métodos para sua verificação.....	67
2.5.4.1 Considerações finais sobre os métodos de cálculos.....	71
2.6 - As decisões condenatórias do CADE como prova na esfera Judicial.....	72
2.7 – Demais obstáculos ao <i>private enforcement</i>.....	73
CAPÍTULO 3 - Perspectivas para a reparação de danos no Brasil	76
3.1 - Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2016.....	76
3.1.1 – A arbitragem e o instituto de reparação de danos concorrenciais.....	80
3.2 - Criação de Varas Especializadas para julgamentos de lides concorrenciais.....	84
3.3 - Acesso a documentos que comprovem a prática da infração anticoncorrencial e a Resolução nº 21 de 2018 do CADE	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, notou-se o desenvolvimento significativo da Defesa da Concorrência, fato que pode ser decorrente, em especial, da promulgação da Lei nº 8.884 de 1994, posteriormente substituída pela Lei 12.529/2011. Após a entrada em vigor da referida Lei, a repressão às práticas contrárias à Ordem Econômica aumentou significativamente, o que gerou um aumento da repercussão na sociedade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

Considerando que o atual sistema jurídico nacional pune as condutas anticoncorrenciais nas esferas administrativa, penal e civil, há de se observar uma falta de equilíbrio nas questões de eficácia dos respectivos órgãos que as compõem. Enquanto que na esfera administrativa – âmbito de atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – é notório o avanço não só nas técnicas de investigação, mas como também do processamento dos casos administrativos, verifica-se que no âmbito judicial, a matéria concorrencial ainda é pouco explorada.

De forma mais notória, quando a matéria versa sobre a reparação de danos decorrentes das práticas anticoncorrenciais, verifica-se que tais litígios ainda são pouco frequentes. Nessa esteira, tudo indica que as vítimas que sofreram danos deste gênero ainda parecem desconhecer, ou ainda, possuir incertezas e inseguranças relacionadas a esse instituto.

Tomando como base o contexto exposto, o problema que deu início e sustentou a elaboração deste estudo é o questionamento sobre o progresso do instituto da reparação dos danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais, mais especificamente o cartel de sobre-preço, vem se mostrando eficaz quando leva-se em consideração o atual panorama prático de ajuizamentos dessas ações.

A hipótese que será testada ao longo do trabalho é de que o sistema antitruste aliado com o ineficaz Poder Judiciário não garantem a devida reparação dos danos causados pela prática de cartel.

O enfoque do presente estudo será na esfera civil, muito embora como já comentado, as infrações à ordem econômica gerem consequências também nas esferas administrativa e penal. Enquanto que na esfera civil concorrencial as discussões e litígios envolvem principalmente agentes privados, as esferas administrativa e penal estão relacionadas ao poder público, e ao esforço deste setor em promover um ambiente favorável à livre iniciativa e livre concorrência.

No atual cenário brasileiro, é relevante o crescimento de demandas encaminhadas ao SBDC no sentido de reprimir as condutas anticoncorrenciais, como por exemplo, um maior número de denúncias realizadas pelos cidadãos e a respectiva divulgação nas mídias, e uma mais efetiva atuação de órgãos que integram o SBDC, e o Ministério Público.

Por outro lado, nota-se que discussões envolvendo a matéria concorrencial, derivada das relações entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado e que são encaminhadas ao Poder Judiciário para que seja discutida a reparação de danos decorrentes de cartel está distante de ser considerada expressiva.

O instituto da reparação de danos civis possui não só a função de desestimular a práticas de infrações como o cartel, mas também de promover a devida compensação às vítimas pelos danos causados. Ou seja, como será visto no decorrer do estudo, cumpre um papel importante visando a efetividade dessas funções.

Assim, o tema que norteia a elaboração desta pesquisa guarda profunda relação com a linha relacionada ao poder econômico e seus limites jurídicos, pois pontua e reflete sobre o papel do Estado no domínio econômico, analisa criticamente os poderes repressivos do Direito Concorrencial, e expõe os entraves práticos que a sociedade enfrenta na perspectiva da reparação de danos decorrentes de infrações contra a ordem econômica.

Neste panorama, este estudo focará no âmbito da reparação de danos decorrentes da prática de cartel no sistema jurídico brasileiro, ou seja, quais são os principais temas que norteiam a possibilidade da vítima de um cartel, requerer em juízo a devida indenização.

O primeiro capítulo tem por objetivo introduzir de maneira breve os conceitos e panoramas gerais da estrutura do mercado econômico, que são relevantes para que se conceitue e contextualize a prática de cartel no cenário nacional, bem como apresentar um cenário de consequências e características desta prática.

. A análise será iniciada pelo estudo das diferentes estruturas de mercado (concorrência perfeita, monopólio e oligopólio), e a disciplina do cartel, aí englobando-se conceitos, consequências da prática e tratamento pelo sistema jurídico nacional.

No segundo capítulo, será analisado o contexto da reparação de danos concorrenciais no Direito Brasileiro, como, por exemplo: pré-requisitos para configuração, alguns casos práticos exemplificativos, e principais dificuldades encontradas para efetivação da reparação civil, como o tema de termo inicial e prazo prescricional dessas ações e o acesso às provas no CADE para possibilitar maior robusteza quando do ajuizamento da ação,

Por fim, o capítulo 3 versará sobre as perspectivas que podem nortear o panorama da reparação civil decorrente da prática de cartel, como as expectativas que o Projeto de Lei nº 283 de 2016 promove, e alguns temas recentes e relevantes como criação de varas especializadas e o uso da arbitragem como solução alternativa para resolução de conflitos.

CAPÍTULO 1 - ESTRUTURAS DE MERCADO

No primeiro capítulo, será feita uma breve introdução sobre as principais estruturas de mercado, como as situações de concorrência perfeita, monopólio e oligopólio. Em seguida, se faz necessário discorrer sobre as principais condutas colusivas já que guarda relação com as estruturas de mercado mencionadas. Também é realizada uma breve introdução às escolas de Chicago, Harvard e Freiburg pois marcam um pensamento teórico relevante ao tema do estudo.

Ademais, o tema do cartel é conceituado e caracterizado. Aão analisadas as principais consequências desta prática bem como o seu tratamento no sistema jurídico brasileiro. Ao final são analisadas as formas de detecção do cartel e o instituto da persecução privada no Brasil.

1.1 - Concorrência perfeita

Para que se entenda e se justifique a existência dos cartéis, necessário se faz a análise de dois modelos de mercados mais difundidos e estudados pela doutrina: mercados competitivos perfeitos e imperfeitos. Tais conceitos formam os pilares do entendimento da estrutura do mercado.

No mercado perfeitamente competitivo, ou o modelo de concorrência perfeita¹, haveria a equivalência de compradores e produtores, e o equilíbrio entre a oferta e a demanda, fato este que impossibilitaria que os preços fossem aumentados

¹ Por concorrência, Paulo Sandroni define como: “ a situação do regime de iniciativa privada em que as empresa competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”. SANDRONI, Paulo. Novíssimo dicionário de economia. São Paulo. Best seller. 2000. P. 118-119

ou reduzidos demasiadamente, já que com essa conduta a empresa perderia participação no mercado².

Como características desse mercado, há de se notar: (i) grande número de compradores e vendedores; (ii) homogeneidade de produtos; (iii) transparência na informação; (iv) livre entrada e saída de empresas; (v) a empresa sendo tomadora de preços³.

Assim, diante da concorrência perfeita, todos os agentes tendem a se sentir ameaçados, pois deverão sempre se esforçar para conseguir oferecer um produto ou serviço de qualidade superior ao de seu concorrente, pois, ao contrário, perderão espaço no mercado e conseqüentemente deixarão de obter lucros satisfatórios.

Desta forma, todos os que estão inseridos em um ambiente de concorrência perfeita se estimulam a investir em novas tecnologias, na qualidade de seus produtos ou serviços, na respectiva divulgação através de ações de marketing, e outras ações que proporcionem maiores vendas e lucratividade. Como afirma Tulio Ascarelli: “A concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo”.⁴

Assim, os mercados competitivos migram rumo ao equilíbrio da lei da oferta e da demanda, que explica que os preços no mercado seguirão a relação entre a disponibilidade de um produto ou serviço no mercado, com a disposição dos consumidores em pagar determinado preço para adquiri-los. Desta relação surge o denominado preço de equilíbrio, que é o resultado do quanto se é produzido comparado com a disposição dos consumidores a pagarem por determinado produto ou serviço.

² BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e concorrencial. 7 edição. São Paulo.: Revista dos Tribunais, 2017. p. 212

³ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e concorrencial. 7 edição. Ed Thomsom Reuters. Revista dos tribunais. p. 213.

Nesse mesmo sentido, SNYDER e NICHOLSON sugerem que: “A perfectly competitive market is one that obeys the following assumptions: 1) There are a large number of firms, each producing the same homogenous product; 2) Each firm attempts to maximize profits; 3) Each firm is a price taker: It assumes that its actions have no effect on market price; 4) Prices are assumed to be known by all market participants - information is perfect; 5) Transactions are costless: Buyers and sellers incur no costs in making exchanges” (CHRISTOPHER SNYDER; WALTER NICHOLSON, Microeconomic theory: Basic principles and extensions, 11 ed., Cengage Learning, 2012, p. 371).

⁴ ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, in Ensaio e pareceres, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 223.

Desta forma, o mercado perfeitamente competitivo tende ao equilíbrio, em função da lei da oferta e da demanda, que indica a relação entre a disponibilidade de um produto ou serviço no mercado e a disposição dos consumidores em adquiri-los. Assim, quanto maior a disponibilidade desse produto ou serviço, menor será sua demanda. Por outro lado, o inverso é verdadeiro, pois quanto menor sua disponibilidade, maior será sua demanda⁵.

Por outro lado, no mercado imperfeitamente competitivo, a competição não se estabelece de forma natural e equilibrada. Há duas ramificações desse tipo de mercado que são relevantes para o presente estudo; os oligopólios e os monopólios⁶, que serão brevemente mencionados nos itens seguintes.

1.1. 2 - Oligopólios

Nos oligopólios, percebe-se que um pequeno número de empresas possui grande parte do poder de mercado, havendo uma interdependência entre elas, ou seja, a decisão de uma empresa sobre suas políticas de preço e produção influencia as demais⁷.

⁵ Isso decorre da noção de que o aumento na disponibilidade/quantidade de um produto ou serviço pode gerar menor satisfação ao consumidor, assim, estará disposto a pagar um preço menor. Já quando o produto ou serviço tem sua produção aumentada, os custos com a produção aumentam, fazendo com que o fornecedor tenha que aumentar o preço de venda. Nesse sentido, Bernardo Guimarães e Carlos Eduardo Gonçalves exemplificam que: “É comum em economia trabalharmos com a hipótese de que o benefício marginal das coisas reduz-se à medida que as possuímos em maior abundância. Comer o primeiro pedaço de bolo me gera enorme prazer, comer o segundo ainda é bom, mas já um pouco menos prazeroso; o terceiro ainda vai, mas já desce sem aquela alegria; no quarto eu paro, pois o benefício marginal, ou adicional já é pequeno”. (GUIMARÃES, Bernardo; GONÇALVES, Carlos Eduardo - Introdução à economia, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, pp. 12-13).

⁶ Vicente Bagnoli, porém, ainda sugere uma terceira ramificação dos mercados imperfeitamente competitivos ao definir a situação de mercados monopsônicos ou oligopsônicos. Os monopsônios: “entende-se pela atuação de um único agente econômico no mercado para adquirir de fornecedores um produto ou serviço para ele, monopsionista, oferecer ao consumidor final”. Já o oligopsônios: “são identificados pelo pequeno número de agentes econômicos atuando no mercado, como tomadores de serviços ou adquirentes de produtos para repassá-los ao consumidor final”. BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e concorrencial. 7 edição. Ed Thomsom Reuters. Revista dos Tribunais. p. 216-217.

⁷ Nesse sentido, a definição da OECD: “An oligopoly is a market characterized by a small number of firms who realize they are interdependent in their pricing and output policies. The number of firms is small enough to give each firm some market power” – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-

De forma sucinta, pode ser definido como o “regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos”⁸. Interessante notar que a grande preocupação dos oligopolistas seria a de manter os obstáculos que impedem ou dificultam a entrada de novos competidores no mercado⁹.

Para Vasconcelos e Garcia, os oligopólios consistem em: “um tipo de estrutura normalmente caracterizada por um pequeno número de empresas que dominam a oferta.”¹⁰

Ademais, conforme explicita Fabio Nusdeo, o oligopólio, pela formação de um conluio chamado cartel, pode transformar-se em um monopólio. Nesse sentido, as empresas “limitariam a produção para atingir um preço que seria praticado por um monopolista.”¹¹

Nesse sentido, no oligopólio se verifica um cenário em que há um número baixo de empresas atuantes e estas têm seus preços de mercado interligados. Sendo assim, os agentes cientes deste cenário de mercado, definem seus preços tomando como base o preço umas das outras.¹²

Desta forma, os efeitos anticompetitivos do oligopólio são aparentes e danosos à sociedade como um todo, assim como o monopólio, que será a seguir explanado.

OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, disponível *on-line* em: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, p. 63., Acesso em 18/12/2018.

⁸ Fabio Nusdeo continua: “Isso sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno grupo, como também quando, muito embora em grande número, há profunda diferença de envergadura econômica. Assim, por exemplo, a indústria automobilística constitui um oligopólio porque são poucas as fábricas de veículos”. NUSDEO, Fabio - Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico, 2º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. Pag. 216 9ª edição. 2015.

⁹ Idem, p.216. Ainda explica como os obstáculos são realizados pelos oligopolistas: “o que procuram fazer sofisticando, às vezes desnecessariamente, os seus produtos e em muitos casos capturando as agências reguladoras do seu setor de atividade, sugerindo medidas obrigatórias de qualidade ou segurança cuja finalidade é a de dificultar a chegada de novos participantes no mercado.”

¹⁰ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de economia*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99

¹¹ NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico, 2º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 216

¹² SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. v. 2, 5ª ed., trad. port. de O. A Dias Carneiro, Ruy Lourenço Filho e Luíz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1963, pp. 211-214.

1.1.3 – Monopólios

Nos monopólios, observa-se que somente uma empresa é responsável pela oferta. Ou ainda quando uma empresa domina quase a totalidade do mercado, restando apenas uma pequena parcela com o restante das empresas, não representando concorrência real à empresa monopolista.¹³

Faz-se relevante apontar a diferença entre o processo de monopólio e a situação de monopólio. Há situações em que o monopólio é observado sem que haja a prática de condutas anticoncorrenciais, e essa, portanto é uma situação que não é objeto de estudo do Direito Concorrencial. O que é relevante, sim, é como os monopólios são formados, ou seja, todo o processo de formação do monopólio¹⁴.

Tem-se como pressuposto teórico dos monopólios, a inexistência de concorrência real¹⁵. Assim, ao contrário da situação das empresas que estão sob uma situação de concorrência, no monopólio a empresa monopolista é capaz de não só alterar os preços no mercado como também alterar as quantidades produzidas em um determinado mercado¹⁶.

Ivo Teixeira Gico Junior aduz que: “a capacidade de se alterar preços do mercado denomina-se poder de monopólio, que se confunde com o conceito de poder econômico.”¹⁷ Por poder econômico, temos que se relaciona com a

¹³ Ibid. Direito Econômico e Concorrencial. 7 edição. Ed. Revista dos tribunais. p.214-215,

¹⁴ Conforme aponta HERBERT HOVENKAMP: “Antitrusters often say that their principal concern is monopoly, but that is not quite true. Their principal concern is monopoly created by certain means. Indeed the costs of the means by which monopoly is created and preserved may dwarf the costs of any misallocation caused by the monopoly pricing and output reduction themselves.” (HERBERT HOVENKAMP, Federal antitrust policy - The law of competition and its practice, 2nd ed., St. Paul, West Group, 1999, p. 19).

¹⁵ Nesse sentido, para que seja observada a inexistência de concorrência real ou potencial, presume-se que: “(a) o mercado sob análise não possui outro agente ofertante que não a empresa monopolista; e (b) o monopolista não precisa se preocupar com a entrada de novos concorrentes.” JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Cartel – teoria unificada da colusão. Lex Editora. São Paulo. 2006. p. 67.

¹⁶ Idem, p. 67.

¹⁷ Nesse sentido a definição de Paula Forgioni sobre poder econômico é a seguinte: “O poder econômico implica sujeição (seja dos concorrentes, seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos” FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, São Paulo: RT, 1998, p. 271., ou ainda a definição de Sérgio Bruna como: “a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial

possibilidade de determinado agente econômico manobrar o mercado no sentido de determinar aos outros agentes condições que dificultem a concorrência¹⁸.

Muito embora na prática haja poucos monopólios puros, encontra-se na realidade a situação de empresas com posição dominante, que se assemelham à posição de empresas monopolistas, sendo que, em geral, a conduta de tais empresas constituem o objeto de estudo do Direito Concorrencial¹⁹.

Nessa ramificação de estrutura de mercado, percebe-se seu potencial lesivo à sociedade, já que a empresa monopolista não é estimulada a implementar novas tecnologias e desenvolver novos produtos ou serviços, e ainda manipulam o preço de mercado como lhe aprouver, sempre em benefício próprio.

1.2 – Condutas colusivas e suas modalidades

A análise concorrencial pode ser realizada por níveis de conduta. Por um lado, há o mercado perfeitamente competitivo. Já no outro extremo, o monopólio puro. Para que a concorrência ocorra, há diversos fatores preponderantes, mas o principal deles é a existência de um número elevado de agentes atuantes no mercado²⁰.

Nesse sentido, a redução do número destes agentes pode ocorrer de forma natural ou através da formação de conluios que propositalmente são realizados entre as empresas para que formem entre si um só agente no mercado.

puro” BRUNA. Sergio. O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 104 e 105.

¹⁸ Vicente Bagnoli aduz que: “... poder econômico diz respeito à condição econômica da empresa (compreendida em conjunto ao grupo econômico ao qual faz parte) e a possibilidade dessa empresa intervir no mercado, mesmo que detentora de pequena participação (market share), de maneira a impor aos outros players condição tal que não consigam resistir à disputa.” BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e concorrencial. 7 edição. Ed. Revista dos tribunais. p.305

¹⁹ Nesse sentido: “A realidade tende a apresentar não monopólios, mas empresas com posição dominante, sendo essas empresas que, apesar de enfrentarem algum nível de concorrência, mesmo assim são capazes de alterar os preços de mercado pela manipulação de seu nível de produção.” JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Cartel – teoria unificada da colusão. Lex Editora. São Paulo. 2006. p. 66.

²⁰ NUSDEO, Fabio - Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico, 2º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 9º edição. 2015. p. 221

Assim, há tradicionalmente dois tipos de condutas colusivas; a horizontal e a vertical.²¹ A primeira se dá entre os concorrentes de um mesmo mercado, já a segunda, ocorre quando vários estágios de produção de um bem são unificados e realizados por uma mesma empresa ou grupo econômico.

Partindo-se desse pressuposto, as condutas colusivas horizontais, que no caso deste trabalho será restrita às hipóteses de acordo puro, tem como principal objetivo é a fixação conjunta de uma ou mais variáveis concorrenciais, como por exemplo o preço, a quantidade e mercado.

Importante salientar, conforme preceitua Calixto Salomão, que a colusão na linha horizontal pode ocorrer por acordo expresso ou tácito, sendo que ambas estão previstas na legislação antitruste. No caso de acordo expresso, é preceituada quando a redação da lei²² indica a expressão “acordo” de preços por exemplo. Já no acordo tácito, é explicitada quando o artigo de lei menciona a expressão “manipular” preços entre concorrentes.²³

Na seara dos acordos horizontais, os cartéis de preços são um dos tipos mais comuns e conhecidos²⁴. Prática essa condenada há muito pelos tribunais, que entendem que os preços deveriam ocorrer da livre atuação das forças do mercado. Nesse sentido, Paula Forgioni explica: “O combate à fixação de preços é justificado pela lógica de que a concorrência é um fator que tende a levar à diminuição dos preços praticados pelos agentes econômicos, como decorrência da disputa pela clientela.”²⁵

Nos cartéis de preço, ainda pode ser identificado dois tipos de acordos de uniformização de preços. São eles:

²¹ Para Nusdeo, ainda há um terceiro tipo, a conglomeração, que ocorre: “quando atividades diversas e, às vezes, aparentemente desconexas são conduzidas sob o comando de um único centro decisório.” NUSDEO, Fabio - Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico, 2º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 9ª edição. 2015.

²² Como no artigo 36, § 3º-inciso I, da LDC

²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 262-264

²⁴ Paula Forgioni ainda comenta sobre os cartéis realizados entre agentes econômicos em posição de igualdade; FORGIONI. Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

²⁵ FORGIONI. Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 403

(i) acordos celebrados entre agentes econômicos que possuem poder econômico semelhante, como por exemplo acordos que determinam a elevação do preço de um determinado produto seguindo um percentual fixo; acordos mediante os quais agentes econômicos concorrentes fixam o preço de venda ou ainda fixam um preço mínimo de venda; acordos de estabilização de preços, efetivados mediante a recompra sistemática de produtos no mercado pelos próprios agentes econômicos fabricantes; e (ii) acordos de price leadership, em que há um agente econômico com poder suficiente para impor sua política de preços aos demais participantes do mercado.²⁶

Por outro lado, as colusões verticais: “tem como objetivo não de eliminar a concorrência, mas sim eliminar a oposição de interesses entre seus membros.”²⁷ A doutrina costuma identificar quatro tipos de restrições verticais, que são: (i) determinação dos preços de revenda; (ii) divisão de mercado; (iii) exclusividade; e (iv) vendas casadas.²⁸

No primeiro tipo, tais condutas são praticadas pelos distribuidores, e é eliminada qualquer possibilidade de variação dos preços praticados. Na divisão do mercado, se atribui a cada um dos distribuidores uma parte deste, fato que restringe a livre concorrência, e que promove a situação de monopólio. Com relação à exclusividade, esta é concedida pelo produtor ao seu distribuidor para atuação em determinado mercado relevante. Por fim, as vendas casadas pode fazer com que o distribuidor do produto seja obrigado a adquirir, do mesmo produtor, outros bens que não aqueles originariamente desejados.²⁹

O presente trabalho se debruçara especificamente na prática de cartel, pois está é a mais importante prática que deve ser combatida pelas autoridades concorrencias e a mais danosa à economia e aos consumidores.³⁰

²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 405

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 291

²⁸ op. cit. 429

²⁹ Idem. 428- 429

³⁰ Nesse sentido: “Fighting cartels is one of the most important areas of activity of any competition authority and a clear priority of the Commission. Cartels are cancers on the open market economy, which forms the very basis of our Community. By destroying competition they cause serious harm to our economies and consumers. In the long run cartels also undermine the competitiveness of the industry involved, because they eliminate the pressure from competition to innovate and achieve cost efficiencies.” Discurso proferido pelo ex-conselheiro de Concorrência da Comissão Europeia, Mario

1.3 – Cartel

Dentre as práticas anticoncorrenciais, o cartel pode ser considerado como a mais danosa e que mais traz consequências negativas à sociedade como um todo e também à economia. Ao longo deste item, serão trazidos conceitos que definem a prática do cartel, e posteriormente serão analisados os tipos de cartéis descritos na literatura e posteriormente as consequências que essa prática poderá causar.

Ademais, serão trazidas as abordagens referentes ao tratamento do cartel pelo sistema jurídico brasileiro, elencando todas as hipóteses legais previstas na legislação pátria.

Por fim, serão trazidas algumas hipóteses de detecção dessa prática, além de serem feitos alguns apontamentos sobre a persecução privada do cartel através do ajuizamento da ação de reparação de danos.

1.3.1. Definição de cartel

O CADE, na resolução nº 20 de 1999, apresentou a definição de cartel³¹ que pode ser resumida como acordos realizados entre concorrentes do mesmo mercado:

Monti, na 3ª Conferência de Política de Concorrência Nórdica em Estocolmo, em 11 de julho de 2000 (Speech/00/295 (MONTI, Mario. Fighting Cartels: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? In: III NORDIC COMPETITION POLICY CONFERENCE. Stockholm, 11-12 set. 2000 Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm. Acesso em: 08/2018).

³¹ “A palavra cartel tem origem do termo latino ‘cartula’, diminutivo de ‘carta’ para nomear curtas mensagens escritas. Ao longo da Idade Média, a palavra (em francês cartel, em italiano cartello e em alemão Kartell) passou a se referir às regras acordadas para confrontos entre cavaleiros ou duelos. Já na Era Moderna, o termo também se referia a certos acordos entre reinos independentes europeus. A partir do final do século XIX, o termo Kartell passou a ser empregado na Alemanha para denominar arranjos entre empresas de um mesmo setor, fenômeno contemporâneo ao forte desenvolvimento industrial verificado naquele país. A partir do alemão, o vocábulo veio a ser adotado em outras línguas para tratar de acordos entre concorrentes para restringir a rivalidade entre si.” PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, Paulo Leonardo Casagrande. Direito concorrencial. São Paulo. Saraiva, 2016. p. 107-108

Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.³²

Percebe-se que o resultado prático do cartel muito se assemelha à situação de monopólio, que como já tratada nos itens anteriores, é extremamente prejudicial. Nesse sentido a cartilha do CADE/SDE dispõe que:

(...) dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência. Cartel é um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.³³

Ademais, outra definição de cartel pode ser utilizada para que se reafirme que o modelo mais praticado de cartel, muito embora existam outros, é o cartel de preços:

Em uma primeira aproximação, um cartel é uma associação de agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial. Nesse sentido amplo, cartéis de preços (isto é, acordos entre concorrentes para a fixação dos preços de venda) aparecem somente como uma dentre várias espécies de cartel, por exemplo, ao lado de acordos cujo objeto é a restrição de quantidades produzidas ou ofertadas, a fixação de condições gerais de compra de insumos, a divisão do mercado em função de critérios geográficos ou tipo de consumidor, etc. Mas não há dúvida que a espécie típica são os acordos entre concorrentes para fixação de preços e/ou redução das quantidades ofertadas. (...).³⁴

³² CADE - Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>> Acesso em: 18/12/2018

³³ CADE, SDE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência, 2009. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Lenienciac%20SDE_CADE.pdf> Acesso em: 18/12/2018

³⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.) Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002. p. 119, nota de rodapé no original

De maneira clara, Fabiana Tito caracteriza o cartel como:

(...) troca, de maneira coordenada, de informações sensíveis entre duas ou mais empresas de um segmento de atividade, com vistas à definição de condições quanto ao estabelecimento de preços, nível de produção, quantidade ofertada, ou qualquer outro aspecto que influencie a livre formação de preços no mercado de seus produtos.³⁵

Para fins de análise neste estudo, será considerado o cartel de preços. Os cartéis sobre preços, clássicos ou tradicionais, se remetem à concepção ordinária de colusão horizontal, e envolvem condutas geralmente não associadas a qualquer tipo de eficiência, salvo na presença de alguma forma de integração econômica, e cujos exemplos mais comuns são fixação de preços, divisão de mercados e manipulação de lances.

O principal elemento caracterizador dessa categoria é a regulação privada e direta do comportamento concorrencial dos integrantes da colusão, de forma a simular o comportamento monopolista na tentativa de diretamente influir nos níveis de preço ou de produção no mercado.³⁶

A definição de Fabiana Tito nos parece a mais adequada e clara no sentido de que cartel pode ser caracterizado como troca de informações valiosas, como por exemplo, custos de produção, ou outro tipo de informação relacionado à situação financeira da empresa cartelista ou projeções futuras.

1.3.2. Tipos de cartéis

O julgamento do processo administrativo nº 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas) pode ser considerado como sendo o ponto de partida para a divisão

35 TITO, Fabiana Ferreira de Mello. Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobre-preço, efeito repasse (Pass-on) e multa ótima / Fabiana Ferreira de Mello Tito. -- São Paulo, 2018. p. 21

36 GICO JUNIOR., Ivo Teixeira. Cartel – teoria unificada da colusão. Lex Editora. São Paulo. 2006. p.67.

entre os tipos de cartéis.³⁷ Neste processo, o CADE menciona a existência de dois tipos de cartéis. O primeiro seria o cartel clássico ou hardcore³⁸, já o segundo seria o cartel difuso.

Nesta divisão, os cartéis clássicos se caracterizariam por estarem “institucionalizados”, ou seja, os concorrentes estariam de acordo com algumas das inúmeras variáveis dos aspectos concorrenciais como por exemplo preços, setores de produção e quantidade de mercadorias produzidas.

Já os cartéis difusos, se apresentariam de acordo com alguma variável externa que explicasse o conluio entre os concorrentes, como por exemplo, uma crise econômica que gera a oportunidade das empresas praticarem este tipo de infração. Ou seja, tais cartéis possuem o caráter eventual.

Também pode ser encontrado na doutrina a seguinte divisão entre cartéis³⁹: (i) cartéis hardcore; (ii) cartéis de exclusão de rivais; e (iii) cartéis de manipulação das regras do mercado.

Os cartéis hardcore como já explicados são caracterizados como sendo o acordo entre os concorrentes nos preços, produção ou oferta de produtos ou ainda na divisão de mercados. Todas essas práticas visam, na sua essência, aumentar os lucros das empresas participantes do conluio.

Já os cartéis de exclusão de rivais se caracteriza, como o próprio nome sugere, pela adoção de práticas que prejudiquem os demais concorrentes no mercado, como por exemplo a prática de preços predatórios, ou influência na regulação estatal para que os custos de produção sejam elevados. Desta forma, os

³⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira, *Direito Antitruste*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

³⁸ Por “cartéis hardcore” a OECD define como sendo: “Hard core” cartels are anticompetitive agreements by competitors to fix prices, restrict output, submit collusive tenders, or divide or share markets.” Ademais, pontua que: The 1998 Recommendation condemns such cartels as the most egregious violations of competition law, noting that by raising prices and restricting supply they make goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others. It urges OECD countries to improve the effectiveness of their anti-cartel programs and their international co-operation, and also invites implementation by non-Member countries.” Reports OECD - Hardcore Cartels, p.7. Disponível em:

<https://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf> Acesso em 18/12/2018

³⁹ Cf. LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, n. 941, 2000

concorrentes que não participem do cartel podem ser excluídos do mercado já que não conseguirão auferir lucros suficientes para que se mantenham competitivos ou ainda os concorrentes que desejam adentrar no nicho de mercado afetado pelo cartel, não possuirão condições de fazê-lo.

Por fim, o cartel de manipulação de regras do mercado é o conluio que visa confundir o consumidor e os demais fornecedores, pois sua atuação é voltada para a distinção entre os produtos, seja alterando suas características, seja alterando os locais de venda, ou ainda influenciando na redução de ações de marketing que comparem os preços entre os produtos de outros concorrentes. A assimetria de informações proporcionam o aumento de preço.

Definido o que é cartel e apresentados os seus tipos, passa-se a analisar as consequências que esta prática confere à sociedade.

1.3.3 - Consequências da prática do cartel

As consequências da prática de cartel podem ser extremamente graves à sociedade, pois interferem diretamente no âmbito econômico em geral, tendo em vista que oneram as vítimas e enriquecem os infratores⁴⁰.

Com grande clareza a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) explica os principais efeitos dos cartéis:

Os cartéis prejudicam os consumidores e apresentam efeitos perniciosos sobre a eficiência econômica. Um cartel bem sucedido eleva o preço acima do nível competitivo e reduz a produção. Os consumidores escolhem ou não pagar o preço de alguns ou de todos os produtos cartelizados que eles desejam, abrindo mão do produto desta forma, ou eles pagam o preço do

⁴⁰ Nesse sentido: “Cartels have always been the highest concern of antitrust. They overcharge consumers many billions of dollars every year and there is a strong consensus that they should be sanctioned heavily. CONNOR, J. M.; LANDE, R.H. The Cartel overcharges and optimal cartel fines, in (S. Waller. Issues in Competition Law and Policy, vol. 3, Chapter 88, pp. 2203–18. 2008.

cartel e, conseqüentemente, transferem involuntariamente riqueza aos operadores do cartel.⁴¹

Nesse sentido, o efeito previsto do cartel e o de mais fácil percepção é o aumento de preços dos produtos oferecidos. É o que foi denominado de “sobre-preço”. Como exemplo, John M. Connor e Yuliya Bolotova, concluíram em seu estudo que, dos cartéis por eles analisados, os preços foram aumentados em média de 20%.⁴²

Os efeitos da colusão direta sobre preços são endógenos, isto é, tais condutas criam ou reforçam o poder de mercado das empresas coludentes permitindo a obtenção de preços acima do custo marginal, logo, lucros supracompetitivos.

A teoria tradicional pressupõe que os agentes econômicos maximizam lucros e minimizam custos. Assim, uma vez adquirido o poder de mercado mediante comportamento cartelizado, aumentarão os preços de forma a maximizar os lucros, e, ao fazê-lo, expropriarão parte da renda dos consumidores.⁴³

Importante destacar que o acordo entre concorrentes capaz de configurar a conduta ilícita (cartel) pode ter como objetivo não apenas a fixação de preços, mas também o estabelecendo quotas ou mesmo restrição de produção. Vale mencionar que a prática de preços idênticos, por si só, não caracteriza cartel.⁴⁴

Assim, além de gerar prejuízos ao consumidor, que pagará mais pelo produto, a prática de cartel pode ainda resultar em aumento de concentração de renda⁴⁵ já que pode maximizar o lucro de empresas e conseqüentemente fazer com que os consumidores paguem mais pelo produto ofertado, já que se não fosse essa

⁴¹ OECD. Síntese Cartéis – Seus Danos e Punições Efetivas. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>> acesso em 18/12/2018

⁴² BOLOTOVA, Yuliya; CONNOR, John M. Cartel Overcharges: survey and meta-analysis. *International Journal of Industrial Organization*. vol. 24. Issue 6 (November), p. 1109-1137, 2006. Apud. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p.73

⁴³ JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Cartel – teoria unificada da colusão. Lex Editora. São Paulo. 2006. p.67.

⁴⁴ JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Cartel – teoria unificada da colusão. Lex Editora. São Paulo. 2006.

⁴⁵ Para mais detalhes, o seguinte estudo se aprofunda no tema: COMANOR, William S.; SMILEY, Robert H. Monopoly and the distribution of wealth. *Oxford University Press: the Quarterly Journal of Economics* 89, 2 (1975), p. 177-194.

situação, as camadas mais pobres poderiam perceber a diminuição da disparidade com as classes mais ricas.

Por fim, tais práticas anticompetitivas, mais especificamente o cartel de preços, prejudica o desenvolvimento do mercado, reduzindo a eficiência e processos de inovação das mercadorias ofertadas. Consequência esperada dos cartéis visto não haver concorrência entre as empresas cartelistas, é a falta de motivação suficiente para que continuem a desenvolverem e aprimorarem as mercadorias ofertadas.

Nesse sentido: “O cartel, reduzindo a concorrência entre as empresas, acaba reduzindo também a pressão para melhorar a qualidade dos produtos, os custos de produção, e a introdução de inovações.”⁴⁶

Desta forma, descritas as graves consequências negativas da prática do cartel, passa-se a analisá-lo sob a perspectiva do Direito Brasileiro.

1.3.4 - Tratamento do cartel pelo Sistema Jurídico Brasileiro

No Brasil, a prática do cartel como ilícito concorrencial pode ser punida em três esferas distintas: a administrativa, a penal e civil. A via administrativa de condenação é exercida através do CADE⁴⁷, que por imposição do artigo 4º da LDC⁴⁸, é o órgão público sob a forma autárquica responsável por, precipuamente, investigar, processar e condenar os praticantes de condutas anticompetitivas, e a proceder com a análise de atos de concentração econômica.⁴⁹ Ou seja, é o órgão

⁴⁶ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. Direito antitruste. Cit., 2009, p. 178

⁴⁷ CADE que de acordo com o artigo 5º da LDC, é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral; e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

⁴⁸ Art. 4º da LDC: “O CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

⁴⁹ De acordo com a própria LDC, em seu artigo 90, são considerados atos de concentração quando: 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais

público dotado de competência para zelar pela observância e cumprimento da Lei Antitruste.

Já na esfera penal, é aplicável o quanto disposto no artigo 4º da Lei nº 8.137 de 1990, no sentido de punir com pena de reclusão de dois a cinco anos os praticantes de condutas que infrinjam a ordem econômica, como por exemplo, o estabelecimento de acordo ou ajuste entre ofertantes de preços de um determinado produto em um mercado específico. Insta salientar que inexistente a necessidade de haver a abertura de um procedimento administrativo para que haja a investigação ou processo criminal, e vice versa.

A terceira esfera em que se observa a sanção imposta ao praticante de cartel é a via civil. Descrita no artigo 47 da LDC, é previsto o direito de ação judicial às vítimas, que sofreram danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais.

De acordo com a referida norma, estão aptos a propor a demanda judicial todos os prejudicados por quaisquer práticas anticompetitivas, visando a cessação da prática que constitui infração à ordem econômica, bem como o pleito de indenização pelos danos sofridos.

Ao tratar sobre as sanções civis, se faz necessário analisar a Constituição Federal para que seja possível uma melhor compreensão do tema. Entre os princípios resguardados pela Constituição Federal, em seu artigo 170, estão, entre outros, o da livre concorrência⁵⁰ pautada numa ordem econômica que valoriza o trabalho e a livre iniciativa.

empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

⁵⁰ Por livre concorrência, dispõe Bernardo Gonçalves Fernandes que: “a proteção à livre concorrência se mostra fundamental, principalmente, devido à sua ligação com o princípio da livre iniciativa: enquanto este se liga a uma noção de liberdade política, o primeiro atua na possibilidade dos agentes econômicos poderem exercer sem embaraços jurídicos criados pelo Estado, dentro de determinado mercado, com fins à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços” (...) “Aqui, a livre iniciativa é posta como um elemento de proteção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, ao passo que a livre concorrência adquire um caráter instrumental, como princípio econômico propriamente dito, deixando a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços fora – em regra- do controle e de atos cogentes das Autoridades Administrativas, obedecendo-se assim à lógica da economia de mercado” citação FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 2016. 8ª Editora Jus Podivm. Salvador. p. 1505

Ademais, no artigo 173, §4⁵¹, é posto que a lei reprimirá o abuso do poder econômico⁵² que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Insta salientar que práticas que objetivem o abuso do poder econômico, como a eliminação ou redução da concorrência e conseqüentemente o aumento arbitrário dos lucros auferidos, hipótese em que está inserido o cartel, deverão ser reprimidos. Por outro lado, conforme assevera Vicente Bagnoli: “o poder econômico não é mau per se, pelo contrário, sem poder econômico não se viabilizam grandes obras e investimentos necessários para o desenvolvimento do País.”⁵³

No mesmo sentido da Constituição Federal, a Lei nº 12.529 de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste ou ainda “LDC”) foi criada no sentido de reprimir as infrações e abusos contra a ordem econômica, bem como para estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em consonância com a determinação constitucional, a LDC trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) formado pelo (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e pela (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda.

⁵¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁵² Por poder econômico Sullivan e Hovenkamp explicam que: Market Power is the ability to raise price by reducing output. Today we measure market Power as the ratio of the profit-maximizing price for a seller's output to the seller's marginal cost at the rate of the output. A seller whose marginal cost of producing a widget is \$1,00, but who can maximize its profits by selling the widget at \$1,02 has a small amount of market power. A seller whose marginal cost is \$1,00, but whose profit-maximizing price is \$1,75 has a great deal of market power.” SULLIVAN; HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Law Policy and Procedure. P. 589 in BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*, Porto Alegre, Nova Prova Editora, 2006, p. 57.

⁵³ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e concorrencial. 7 edição. São Paulo:. Revista dos Tribunais, 2017. p.160.

A LDC elenca as práticas que são passíveis de sanções⁵⁴ e delimita as punições a elas aplicáveis. Muito embora a palavra “cartel” não esteja inserida na letra da lei, há nela as características necessárias para que seja identificada.

⁵⁴ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 18/12/2018.

A referida Lei estabelece ainda que, em caso de infração da ordem econômica, além da responsabilização da empresa, haverá, solidariamente, responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores (art. 32 da LDC).

Além disso, as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, serão solidariamente responsáveis quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica (Art. 33 da LDC).

As três esferas mencionadas são independentes entre si, não só com relação aos procedimentos adotados, mas também em seus resultados. E como se verificará ao longo do presente estudo, há casos de divergências de entendimentos entre as decisões dos órgãos de cada uma das esferas mencionadas.

Isto posto, relevante salientar que o principal propósito das sanções contra os cartéis ou qualquer outra prática anticoncorrencial é a dissuasão, ou seja, a cessação da conduta e a sua prevenção. Sanções severas, conforme se pode verificar nas três esferas jurídicas⁵⁵, constituem um importante estímulo também para que haja um aumento do número de situações em que são assinados acordos de leniência ou termos de compromisso de cessação de conduta⁵⁶.

1.3.4.1- O cartel nas Leis nº 8.137 de 1990, Lei nº 8.249 de 1992, Lei nº 8.666 de 1993 e Lei nº 12.846 de 2013.

⁵⁵ À título de exemplo, no caso da sanção administrativa, a LDC em seu artigo 37 estipula, em seu artigo 20, a imposição de multa que poderá variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento no caso de empresas e de multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) no caso dos demais participantes. Já na esfera criminal, a pena poderá ser de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão no caso da prática do cartel, conforme artigo 4º da Lei nº 8.137/90. Já na esfera civil, como há divergências sobre o quantum indenizatório, o tema será tratado ao longo do presente estudo.

⁵⁶ O acordo de leniência, conforme previsto no artigo 86 da LDC, estipula a possibilidade de extinção da ação punitiva da ação pública ou redução da penalidade de 1 a 2/3 aos infratores que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte, entre outras, a identificação dos demais envolvidos na infração. Já o termo de compromisso de cessação, conforme dispõe o artigo 85, § 9º, possui, entre outros benefícios ao infrator, a suspensão do processo administrativo enquanto o termo estiver sendo cumprido, e quando finalizado, o arquivamento do processo administrativo

As condutas caracterizadoras do cartel também são citadas em outras leis, como por exemplo, na Lei nº 8.137 de 1990, que, entre outras providências, define o que são crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo.

No artigo 4º da referida lei⁵⁷, é tipificado o crime contra a ordem econômica o abuso do poder econômico ao se dominar o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas.

Desta forma, foi mantida a criminalização do cartel, e a norma tornou o tipo penal mais amplo ao acrescentar a expressão “qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas” no inciso I do artigo 4º, revogando, assim, as alíneas “a” a “f” do inciso I, que elencavam as práticas criminosas.⁵⁸

Interessante notar que as práticas que foram revogadas pelo artigo 116 da LDC passam a ter o prazo prescricional de cinco anos, conforme seu artigo nº 46⁵⁹.

Esta revogação, conforme afirma Leonor Cordovil: “coaduna-se com a vontade, estimulada pela OCDE, de reunir esforços para a condenação dos cartéis, mesmo que isso signifique descriminalizar outras condutas”.⁶⁰

⁵⁷ A redação do artigo 4º foi alterado pelo artigo 116 da Lei nº 12.529 de 2011, no sentido de caracterizar o crime contra a ordem econômica: Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

⁵⁸ As alíneas revogadas definiam as práticas como sendo: o ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas ou direito em poder de empresas, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

⁵⁹ O artigo 46 da Lei nº 12.529 dispõe que: Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. (...). § 4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

⁶⁰ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Ed. Revista dos Tribunais. 2012, p.228.

Ademais, há de se comentar o quanto disposto na Lei nº 8.666, que em seu artigo 90⁶¹, tipifica como crime o ato de fraudar ou frustrar, mediante ajuste ou qualquer outra prática, a concorrência no processo de licitação.

Nesse sentido, o cartel em licitações poderá atuar de várias formas, como por exemplo: (i) fixação de preços; (ii) direcionamento privado da licitação; (iii) divisão de mercado; (iv) supressão de propostas; (v) apresentação de propostas pro-forma; (vi) rodízio; e (vii) subcontratação.⁶²

Em muitos dos casos de cartel, mais de uma forma de atuação pode ser verificada. Contudo, o resultado é o mesmo, ou seja, o aumento dos preços pagos pelo Poder Público e a transferência ilegítima de recursos aos praticantes de cartel.⁶³

⁶¹ Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 - Artigo 90: Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁶² A cartilha do CADE, elaborada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE, nesse sentido, exemplifica cada uma das formas de atuação do cartel em licitações públicas: “Licitações são um ambiente propício à atuação dos cartéis, que podem agir de várias formas: a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”. b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas. c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste. d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido e) Apresentação de propostas “pro forma”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial. f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente. g) Sub-contratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado. CADE. Combate a Cartéis em Licitações. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view Acesso em: 18/12/2018.

⁶³ CADE. Combate a Cartéis em Licitações. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. p. 10. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view Acesso em: 18/12/2018.

De acordo com Rudimar Reis e Marcos Vinicius Alcântara do Reis: “o crime de cartel é considerada a fraude mais grave, pois além de ter como lesado o consumidor final, também exclui a concorrência.”⁶⁴

Ainda, a jurisprudência do CADE também vai ao mesmo sentido, quando explicita as consequências negativas da prática de cartel na iniciativa pública:

No caso de cartéis em licitações o incremento de preços acontece às custas dos cofres públicos, o que reduz a possibilidade de o poder público prestar maior volume de serviços ou reduzir o custo dos disponibilizados. Através de acordos prévios e variadas estratégias, os cartéis acabam por impedir que a Administração adquira seus produtos e serviços ao menor preço e nas melhores condições possíveis.⁶⁵

Há de se mencionar também que por se tratar de matéria envolvendo a Administração Pública, se qualquer agente público de alguma forma participar do cartel, poderá incorrer na Lei nº 8.249 de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre a prática de improbidade administrativa.⁶⁶

Ademais, a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, também faz menção à infrações contra a ordem econômica, na medida em que em seu artigo 5º, inciso IV, alínea “a” dispõe sobre a prática de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”.⁶⁷

⁶⁴ REIS, Rudimar, Alcântara, Marcos Vinicius dos Reis: Licitações, Contratos Administrativos, Pregão Eletrônico e Presencial – Leis complementares. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2013, p153.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

⁶⁶ A mencionada lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional entre outras providências e em seus artigos 9º a 11, elenca os atos que configuram: (i) enriquecimento ilícito; (ii) que causam prejuízo ao erário; (iii) os que são decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e por fim, (iv) os atos que atentam contra a Administração Pública.

⁶⁷ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: (...) IV - no

Contudo o artigo 29 da mesma lei⁶⁸ deixa claro que com relação às infrações contra a ordem econômica, a competência do CADE não é excluída, ou seja, em casos de práticas cartelizadas em procedimentos públicos licitatórios, o órgão regulador continua sendo o responsável por, entre outras competências, a de investigar, processar e julgar administrativamente os praticantes de cartel.

1.3.5 - Detecção e persecução privada de um cartel

Com relação aos índices de detecção de um cartel no Brasil e após, o ajuizamento de ação para reparação dos danos, sabe-se que tais números são irrisórios. Contudo, pode-se observar que houve um crescimento no número de ações nos últimos anos, grande parte motivado pelo incentivo que o CADE vem proporcionando⁶⁹, através de ações normativas, como a Resolução nº 21 de 2018, bem como através do papel educativo com a divulgação de cartilhas e notas sobre o cartel e formas de reparação de danos.

Contudo, conforme aponta Crane: *'there are no available records of how many such private actions have been filed, and Brazilian authorities believe that the number is small.'*⁷⁰ Por mais que tal afirmação seja do ano de 2008, a premissa ainda continua verdadeira.

No processo administrativo nº 08012.009888/2003-70⁷¹, o CADE inovou ao recomendar que uma cópia da decisão fosse encaminhada às vítimas do cartel,

tocante a licitações e contratos: (...)a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm> Acesso em: 18/12/2018.

⁶⁸ Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm> Acesso em: 18/12/2018.

⁶⁹ Também há de se mencionar o incentivo legislativo proposto pelo Senado Federal através do Projeto de Lei nº 283 de 2016 cujo texto encontra-se em fase de aprovação pela Câmara dos Deputados.

⁷⁰ CRANE, D. A. Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: a U.S. perspective. Cardoso Legal Studies Research Paper No. 231. [S.l.: s.n.], 2008. p.17

⁷¹ Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 (BRASIL, 2010, p. 7150–7151) Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3T

sugerindo que fossem ajuizadas ações de reparação de danos. Nessa oportunidade, de forma explícita, o CADE estimulou e sugeriu o ajuizamento de ação de reparação de danos.

Tal fato demonstra um esforço do CADE em fomentar o ajuizamento de ações de reparação de danos. Isso porque tal instituto ainda apresenta pouco crescimento no Brasil.

Dados obtidos em recente estudo⁷² demonstram que do ano de 1995 a 31 de agosto de 2017, foram identificadas 69 ações judiciais com pedido de reparação por dano moral e/ou material em decorrência da prática de cartel, e que dessas ações, aproximadamente 50,8% foram ajuizadas por pessoas físicas ou jurídicas, enquanto que o restante foi proposta pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federais através de ações civis públicas.

A autora ainda complementa que: “Portanto, conclui-se que, as ações com pedido de reparação de dano por cartel foram ajuizadas em pequena quantidade no Brasil.”⁷³ Nesse sentido, ressalta-se a importância do ajuizamento de tais ações de acordo com os apontamentos de Boson:

Com efeito, essas ações são elementos relevantes para o sucesso da política antitruste. Além de as vítimas poderem colaborar com a obtenção de provas, a responsabilidade civil por si só traz benefícios para o mercado. Primeiro pelo fato de a indenização elevar os custos potenciais da conduta, o que tende a diminuir o número de ocorrência. Segundo, se os potenciais infratores ainda assim decidem ingressar em um acordo ilícito, poderiam ter incentivos para adotar um aumento menor, a fim de tornar o conluio menos evidente

I7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9TX7pYt2kYBIRi5XCZq7SUEazD3QN0DwUnOO9xr_B0BzGR3wpN-lpmCPuOTHUa8hcZUMrFDZ1_c7DKnVk2MFhz> Acesso em 18/12/2018.

⁷² PORTO, Giovana Vieira. Revista de Defesa da Concorrência. Volume 5. P. 131-162. 2017 A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo business? Apud. 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. Disponível em <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/352/173> Acesso em 18/12/2018.

⁷³ PORTO, Giovana Vieira. Revista de Defesa da Concorrência. Volume 5. p. 131-162. 2017 A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo business? Disponível em <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/352/173> Acesso em 18/12/2018.

para as vítimas, bem como a fim de pagar indenizações menores em caso de futura condenação.⁷⁴

No entanto, alguns autores⁷⁵ reconhecem a efetividade da prática do *private enforcement*⁷⁶ para a dissuasão de práticas anticompetitivas, quando atreladas ao *public enforcement*⁷⁷. Nesse sentido, há de se mencionar o posicionamento da OECD sobre o tema:

*(...) these actions, in addition to leading to the cessation of the anti-competitive conduct, can be an important tool for deterrence, as they increase the negative financial consequences imposed on an infringer of competition rules, acting as an important reinforcement for the objectives of public enforcement. In other words, the filing of such actions increases the deterrent effect of anticompetitive practices and strengthens antitrust policy.*⁷⁸

Ademais, ao se verificar os números irrisórios de persecução privada no Brasil, e a confirmação da eficácia da ação reparatória privada, é constatado que do ponto de vista quantitativo, a ação privada de reparação de danos pode ser mais

⁷⁴ BOSON, D. S. Sanções por Formação de Cartel no Brasil. [S.l.]: Universidade Católica de Brasília, 2012. p.60

⁷⁵ Como no caso de LANDE, R. H.; DAVIS, J. P.: “Private enforcement also deters anticompetitive behavior significantly.” Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases - UNIVERSITY OF SAN FRANCISCO LAW REVIEW. Vol. 4, 2008, p.205. disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1090661>. Acesso em: 18/12/2018 e BECKER, Gary; STIGLER, George. Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers. The Journal of Legal Studies. v. 3. nº 1, 1974

⁷⁶ Por public enforcement, private enforcement, e a relação entre eles a OECD se manifestou no seguinte sentido: “Public enforcement of antitrust laws is carried out by competition authorities and aims to serve the public interest. Private enforcement is based on claims for damages brought by private entities that have suffered harm from antitrust infringements and aims at compensation. Both public and private enforcement support effective compliance with antitrust laws.” OECD. Executive summary of the roundtable on the relationship between public and private antitrust enforcement. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf) Acesso em: 18/12/2018

⁷⁷ Vide nota 68 acima.

⁷⁸ Em tradução livre: “(...) estas ações, além de conduzirem à cessação do comportamento anticoncorrencial, podem constituir um importante instrumento de dissuasão, na medida em que aumentam as consequências financeiras negativas impostas a um infrator das regras de concorrência., atuando como importante reforço para os objetivos de execução pública. Em outras palavras, a apresentação de tais ações aumenta o efeito dissuasivo de práticas anticompetitivas e fortalece a política antitruste.” OECD. Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party nº 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 2015. p. 4. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP> Acesso em: 18/12/2018.

eficaz quando diz respeito à prevenção da prática do cartel, se, contudo, for atrelada ao *public enforcement*⁷⁹.

Por fim, conforme assevera Bruno Lanna Peixoto e Ludmilla Martins Silva: “a relevância do *private enforcement* não se limita à potencialização do *deterrence*⁸⁰, mas confere, aos afetados por condutas anticoncorrenciais, a segurança de que a livre concorrência será garantida e seus prejuízos serão compensados”⁸¹.

Conforme exposto, a relação de complementaridade entre o *public* e o *private enforcement* parece ser a mais eficaz no sentido de prevenir o cartel e promover a segurança jurídica necessária à manutenção da livre concorrência. Contudo, no Brasil, como será melhor analisado no presente trabalho, o *private enforcement* deverá ser mais estimulado e regulamentado, principalmente devido às lacunas na legislação, que fazem com que se dissemine a insegurança jurídica e a incerteza relacionada à eficácia desta medida.

⁷⁹Estudo elaborado por LANDE, R. H.; DAVIS, J. P. Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws. *Brigham Young University Law Review*, v. 2011, n. 2, p. 315– 386, 2011

⁸⁰ “Deterrence” em tradução livre: dissuasão.

⁸¹ PEIXOTO, Bruno Lanna; SILVA, Ludmilla Martins. Alterações Legislativas necessárias e o futuro das ações reparatórias por danos concnrenciais. in DRAGO, Bruno de Luca. PEIXOTO, Bruno Lanna. *A livre Concorrência e os tribunais brasileiros – análise crítica dos julgados no poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. Ed. Singular. 2018.

CAPÍTULO 2 – REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CARTEL NO BRASIL

De início, importante esclarecer que a expressão “reparação de danos” a ser utilizada neste trabalho é sinônima⁸² de “responsabilidade civil decorrente da lei” conforme explicitado no artigo 47 da LDC.

A Constituição Federal preceitua, em seu artigo 5º, XXXV, o direito de ação, que pode ser definido nas palavras de Nelson Nery como: “(...)um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.”⁸³ Nesse sentido, se provocado, o Poder Judiciário deverá aplicar o direito ao caso concreto.

Notável a segurança jurídica constitucional proporcionada pelo referido princípio no sentido de que qualquer interessado em propor uma ação de reparação de danos, seja ela concorrencial ou não, quando da verificação de possibilidade de ameaça ou lesão a um direito, deverá ter seu pleito analisado e julgado.

2.1 - O dever de reparação

A legislação brasileira traz o tratamento à responsabilidade civil no Código Civil, especificamente, no Título IX, iniciado pelo artigo 927, cujo *caput* dispõe:

⁸² “A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vincula o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a forma geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. P. 19. 2010

⁸³ NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 91.

“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Esse regramento geral é o alicerce de toda demanda indenizatória, incluindo a discutida na presente dissertação, isto é, as ações ajuizadas pelos vitimados pela formação de um cartel para fazer cessar e obter a correspondente indenização.

Dando tratamento específico à matéria, a Lei Antitruste garantiu, em seu artigo 47, o direito de ação aos prejudicados pela prática anticoncorrencial.⁸⁴ Note-se que não apenas os concorrentes e consumidores são prejudicados pela ação do cartel, mas sim a própria concorrência⁸⁵, o que demonstra a necessidade de complementação da norma civilista, que exige a aplicação do sistema concorrencial às demandas de responsabilidade civil oriundas de infração à ordem econômica.

Neste ensejo, o dever reparação de danos do cartelista dependerá do preenchimento de alguns pressupostos relacionados ao âmbito civil. Ao longo deste capítulo, será verificada a necessidade da comprovação de prática do cartel, ou seja, o ato ilícito, o dano sofrido pela vítima e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

No âmbito processual, dispõe o Código de Processo Civil, como regra geral, que o ônus de provar as alegações contidas em demanda judicial serão incumbidas ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito.⁸⁶ Ou seja, caberá à vítima

⁸⁴ Sobre a utilidade da redação própria da Lei 12.529/11, diz TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR: “A lei de defesa da concorrência, nesse sentido, guarda analogia com a lei de defesa do consumidor (ambas lidam com interesses difusos e ambas preveem também a reparação do dano individual). Nesse sentido, como esta última, a lei concorrencial é uma *lei principiológica*, no sentido de que nem é *lex generalis* nem *lex specialis*. Sua natureza constitucional (art. 174, §4º c/c art. 170, *caput* e IV da CF) faz dela a legislação que estabelece os fundamentos sobre os quais se erigem as relações concorrenciais – concorrentes em concorrência e concorrência entre concorrentes – em que esteja presente alguma forma de poder econômico. Por isso as leis concorrenciais setorializadas na legislação de direito regulatório não obedecem, quanto às questões de concorrência, a princípios próprios, mas estão sujeitas aos princípios fundamentais da lei de defesa da concorrência”(in *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*, cit., p. 19)

⁸⁵ CALIXTO SALOMÃO FILHO entende que o objeto primordial da defesa ao direito concorrencial é a própria concorrência, entendida como instituição aqui, coexistindo com os interesses individuais. Senão veja-se: “O conceito de *Schutzgesetze*, ou ao menos sua construção doutrinária ou jurisprudencial, traz consigo uma ideia muito fecunda para a discussão presente: a de que por trás e até a justificar a proteção dos interesses individuais ou individuais homogêneos dos grupos podem e devem estar outros interesses (institucionais). Como se verá, esses interesses não são apenas elementos de reforço da tutela civil, mas sim dignos de tutela própria” (In *Direito Concorrencial – As Condutas*, cit., p. 64)

⁸⁶ Código de Processo Civil: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

provar as alegações dos danos patrimoniais ou morais sofridos, o cometimento de ato ilícito por parte do cartelista⁸⁷, e o respectivo nexo de causalidade.⁸⁸

No entanto, há determinadas situações em que se observa uma maior facilidade em preencher os requisitos que dão ensejo ao dever de reparação. Um exemplo é o caso de condenação na esfera criminal pela prática de cartel, que conforme o artigo 935 do Código Civil preceitua⁸⁹, se houver condenação na esfera criminal e trânsito em julgado sobre o mérito da existência do cartel ou sobre a autoria, tais temas não poderão ser rediscutidos na esfera cível.

O disposto no referido artigo foi confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na apelação cível em que se discutia o reexame dos fatos ocorridos de cartel dos combustíveis, já decididos na esfera criminal e conforme trecho da ementa, houve uma tentativa de se rediscutir a ocorrência do cartel “(...) a condenação dos requeridos na esfera criminal faz certo o dever de indenizar. Impossibilidade de reexaminar a culpa(...)”⁹⁰

Por fim, para que seja melhor elucidado o instituto da reparação de danos, são antecedentes lógicos alguns pressupostos da ação de responsabilidade civil, de maneira que os itens subsequentes são dedicados à determinação dos componentes essenciais para a propositura da demanda.

⁸⁷ No caso do ato ilícito cometido pelo cartelista, são as práticas que produzirão os resultados elencados no artigo 36 da LDC.

⁸⁸ Deste raciocínio, já surgem alguns empecilhos como, por exemplo, a dificuldade da vítima em comprovar o ato ilícito do cartelista, tendo em vista a dificuldade do acesso às provas produzidas na investigação e no processo administrativo de competência do CADE. Contudo, tais empecilhos serão melhores desenvolvidos no decorrer do presente estudo.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Conforme seguinte ementa do acórdão: “Apelação Cível. Ação Civil Pública. Formação de cartel para venda de combustíveis. A condenação dos requeridos na esfera criminal faz certo o dever de indenizar. Impossibilidade de reexaminar a culpa. Condenação dos requeridos a indenizar os consumidores no período entre 2002 e 2004 pela aquisição de combustíveis nos Postos respectivos. Indenização a danos morais coletivos, minorada. Solidariedade afastada.(...) Apelo do Ministério Público desprovido. (...). (Apelação Cível Nº 70045295565, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 27/08/2015). (TJ-RS - AC: 70045295565 RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Data de Julgamento: 27/08/2015, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2015)

2.2 - Pressupostos para a Responsabilidade Civil

Conforme mencionado anteriormente, para que haja sucesso na busca pela reparação privada dos danos causados pela formação do cartel, é necessária a configuração de requisitos, comuns a todas as demandas desse tipo, que são extraídos das normas contidas nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. São eles: (i) o ato ilícito, (ii) a culpa do infrator, (iii) o dano, e (iv) a relação de causalidade.

2.2.1 - O ato ilícito

A primeira exigência feita pelo artigo 927 do Código Civil para configuração da responsabilidade civil é a existência de um ato ilícito.

A definição desse ato é dada pelo artigo 186 do Código, que o caracteriza como uma “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem”. Igualmente, o artigo 187 o complementa: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”⁹¹

⁹¹ Sobre o tema, discorre Carlos Roberto Gonçalves: “Qual a natureza do dever jurídico cuja violação induz culpa? Em matéria de culpa contratual, o dever jurídico consiste na obediência ao avençado. E, na culpa extracontratual, consiste no cumprimento da lei ou do regulamento. Se a hipótese não estiver prevista na lei ou no regulamento, haverá ainda o dever indeterminado de não lesar a ninguém, princípio este que, de resto, acha-se implícito no art. 186 do Código Civil, que não fala em violação da “lei”, mas usa de uma expressão mais ampla: violar “direito”. Ainda, a respeito do ilícito por abuso de direito: A doutrina do abuso do direito não exige, para que o agente seja obrigado a indenizar o dano causado, que venha a infringir culposamente um dever preexistente. Mesmo agindo dentro do seu direito, pode, não obstante, em alguns, ser responsabilizado. Entre os romanos havia um princípio – *nemine laedit qui jure suo utitur* (aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica) – de caráter individualista e que, durante muitos anos, foi utilizado como justificador dos excessos e abusos de direito. Entretanto, tal princípio, por se mostrar injusto em certos casos em que era evidente o animus laedendi, embora não ultrapassasse o agente os limites de seu direito subjetivo, passou a ser substituído por outros princípios universalmente aceitos: o *nemine laedere* e o *summum jus, summa injuria*, pois é norma fundamental de toda a sociedade civilizada o dever de não prejudicar outrem. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil, 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67

No primeiro caso, do artigo 186, é possível visualiza-lo como uma conduta ativa ou omissiva que vai a sentido oposto ao ordenamento jurídico, enquanto que, no segundo caso, o ato não viola diretamente uma disposição legal, senão os princípios regentes do Estado Democrático de Direito, especificamente no que tange ao valor econômico e social do direito, resultando em uma distorção do exercício legal para fins reprimíveis, que ferem a boa-fé.

A importância desse requisito reside na aceção de que o dano, por si só, não é indenizável, desde que resulte de uma atuação estritamente legal, sendo exemplo disso a própria concorrência, tendo em vista que, à medida que os consumidores optam por um produto ou serviço, deixam de optar por outros que sejam menos atrativos, causando dano direto ao produtor menos eficaz por ação voluntária de seu concorrente. Dando expressividade ao assunto, as lições de Sérgio Cavalieri Filho:

(...) a responsabilidade tem por campo de incidência, ressalvadas eventuais exceções, ato ilícito civil ou penal. Seu elemento nuclear é o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente, ensejando para este, quando acarreta dano para outrem, o dever de responder pelas consequências jurídicas daí decorrentes. De onde se conclui que não basta, para ensejar o dever de indenizar, a prática de um ato prejudicial aos interesses de outrem; é indispensável a ilicitude – violação de dever jurídico preexistente. Se alguém, por exemplo, instala o seu comércio perto de outro do mesmo ramo, pode causar prejuízo ao dono deste último diminuindo-lhe o movimento e os lucros, mas nada terá que lhe indenizar, por não ter violado nenhum dever jurídico. A ilicitude só surgirá – e, consequentemente, o dever de indenizar – se vier a praticar concorrência desleal.⁹²

Entretanto, a partir do momento em que um dos concorrentes pratica atos ilegais ou abusivos para obter melhores resultados – vide a formação de cartel –, se torna agente infrator, e o ato, um ato ilícito, possibilitando a indenização pelo dano.

Embora a doutrina divirja, no caso dos atos praticados pelo cartel, quanto à sua origem legal – se fundada na violação direta às Leis Antitruste, ou se fundada no abuso do poder econômico para proporcionar vantagem própria⁹³ – tem-se que tal

92 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 12.

93 De um lado, Bruno Oliveira Maggi defende a ideia de violação direta: “no caso dos cartéis (...) há violação de uma norma jurídica porque a Lei n. 8.137/90 determina que o cartel é um crime contra a

discussão é meramente teórica, posto que o resultado obtido é idêntico: o nascimento da pretensão reparatória civil.

O elemento do “ato ilícito”, na ação de reparação civil por danos concorrenciais, é objeto de grande discussão, dada a dificuldade de obtenção e uso de provas – tema tratado adiante –, o que torna oportuna a distinção entre as ações fundadas em sentença condenatória penal (*follow-on suits*, na doutrina estrangeira) e as ações simples, não fundadas em investigação criminal ou administrativa (*stand-alone suits*).⁹⁴

Essa categorização se torna relevante à luz do artigo 935 do Código Civil, que mesmo que consagre a independência entre as esferas cível e criminal impõe que as sentenças condenatórias penais fazem coisa julgada cível quanto à existência do fato e envolvimento dos agentes, restando ao juízo cível a mera análise do nexo causal e do dano, a exemplo do que ocorre com as ações civis *ex delicto*.

Para Liebman: “realmente, trata-se de uma eficácia, vinculante para o juiz civil, da decisão proferida pelo juiz penal sobre algumas questões de fato e de direito que são comuns ao processo penal e ao conexo processo civil de reparação” .⁹⁵

Em contrapartida, o mesmo não ocorre em relação à condenação administrativa proferida pelo CADE, não estando presente o caráter vinculante

ordem econômica em seu artigo 4º e a revogada Lei n. 8.884/94 considerava essa prática uma infração à ordem econômica em seus artigos 20 e 21”. (MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil, cit., p. 123) De outro, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR ressalta o abuso de direito: “em consonância com o dispositivo constitucional (art. 173, §4º), mesmo o ato que obedece aos limites da lei, mas que, no exercício do direito, viola princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, constitui um abuso do poder econômico” (Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira, cit., p. 14)

94 Por *follow-on suits* ou *follow-on actions*, “(...) trata-se de um contencioso que visa a reformar as decisões do CADE, ou até mesmo requerer a reparação de danos a partir da constatação da autoridade concorrential da existência de um ilícito”. Já as *stand-alone suits* ou *stand-alone actions*: “(...) Por outro lado, categoria menos discutida academicamente e objeto da presente pesquisa é a das ações independentes de decisões da autoridade concorrential, chamadas *stand alone actions*, ou ações autônomas”. VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira; MENDONÇA, Nayara; A competência do Poder Judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações *stand alone*) in A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros – Análise Crítica dos Julgados no poder Judiciário envolvendo matéria concorrential. DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno Lanna.. Ed. Singular. 2018. p.195

95 LIEBMAN, Enrico Tulio. In Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 259.

nessa decisão, conforme se extrai da norma do artigo 47 da Lei 12.529/11.⁹⁶ Dessa forma, as ações de reparação ajuizadas por dano concorrencial podem ser instruídas com o processo administrativo realizado pelo CADE, entretanto, este servirá apenas como instrumento para a formação do livre convencimento do juiz.

2.2.2 – Culpa

O segundo elemento essencial para a reparação do dano é a culpa do agente infrator no resultado danoso, também depreendida do artigo 186 do Código Civil, e abrange graus diferentes de culpabilidade, desde o dolo (ação voluntária) à negligência, imprudência ou imperícia.

Embora a teoria da culpabilidade seja ainda muito aplicada na resolução dos casos de responsabilidade civil, tem-se que o avanço do direito, em face da modernização, trouxe uma concepção de responsabilidade focada na reparação do dano, ao invés do sujeito, separando-a do escopo de “culpa” exercido pelo direito penal, de caráter punitivo.

A responsabilidade que prescinde da culpa, conceituada doutrinariamente como responsabilidade objetiva, ocorre, como delimitado pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁹⁷

A denominada responsabilidade objetiva é fundamentada na teoria do risco, que foi desenvolvida na França com o objetivo de nortear a responsabilidade civil

⁹⁶ Mesmo na vigência da Lei 8.137/90 essa independência existia, conforme visto em seu artigo 29. comenta: “nos casos em que o CADE houver previamente decidido pela existência da infração, a tarefa do Juiz da causa será mais simples, pois bastará analisar a razoabilidade da decisão do CADE e adotar (caso também julgue que ocorreu infração contra a ordem econômica) ou rejeitar (caso conclua pelo caráter ilícito da conduta) os seus fundamentos”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2010.p. 263.)

⁹⁷ Artigo 927 do Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

dos empregadores ante o acelerado desenvolvimento industrial e acentuação dos acidentes de trabalho observados à época. Tal teoria, pode ser entendida no sentido de que há a configuração do dever de reparação dos danos causados independentemente do autor ter agido ou não com culpa.

Assim, a obrigação em reparar o dano advém do desequilíbrio jurídico e econômico gerado pelo autor à vítima. Desta forma, há uma ligação com o princípio aristotélico de “dar a cada um o que é seu”. Impera, nesse caso, o princípio *restitutio in integrum*, que se traduz na obrigação de reparação de danos de uma forma que seria como nunca tivesse existido.⁹⁸

Tal modalidade de responsabilidade também é observada na Lei nº 8.078, em seus artigos 12 e 14, que dispõem que os agentes da cadeia consumerista, responderão independentemente da existência de culpa por danos causados aos consumidores.⁹⁹

No caso da responsabilidade objetiva relacionada à práticas anticoncorrenciais, a aplicação da referida norma do Código Civil é cediça, posto que a Lei nº 12.529/11 estipula, em seu artigo 36, que “constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...).”¹⁰⁰

98 SALIM , Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. Rev.Trib.Reg.Trab.3ª Reg., Belo Horizonte, v. 41, n. 71, p. 97-110, jan./jun. 2005.

99 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

100 É o que dispõe o artigo 36 da Lei nº 12.529 de 2011, que expressa a responsabilidade do agente se acaso cometer uma ou mais das práticas que produzam os efeitos elencados nos incisos que sucedem o caput do referido artigo de lei, como por exemplo no caso do cartel, em que um de seus efeitos pode ser o descrito no inciso I: “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

Nesse esteio, houve discussão, acerca da constitucionalidade, dentre outros dispositivos legais, do artigo 20, incisos I a IV da revogada Lei nº 8.884 de 1994¹⁰¹, que preceituava a responsabilidade objetiva. No caso, o Ministro Relator se manifestou no seguinte sentido:

Não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos cerceiam, limitam ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência ou a livre iniciativa.¹⁰²

Com isso, encerram-se as discussões acerca da culpabilidade, da qual sempre se pode prescindir nas ações de responsabilidade sobre danos causados pela formação de cartel.

2.2.3 - Nexo Causal

O nexu causal, elemento essencial à propositura de ação de responsabilidade civil, é a relação de causalidade entre a conduta do infrator e o dano produzido.

Embora o conceito seja simples, há um tema de recorrente discussão que o cerca: a amplitude que deve ser levada em conta ao analisar a causalidade. É o mesmo que questionar: qual foi a participação do ato ilícito para a produção do resultado danoso?

101 Assim dispunha o artigo 20, incisos I a IV da revogada Lei nº8884/94: Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

102 STF – ADI nº 1094 – Plenário – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 20.04.2001, p. 104 – RTJ v. 177-01, p. 86.

Importa verificar que a configuração do nexa causal influi diretamente na identificação do responsável e na quantificação do dano, uma vez que (i) uma pessoa apenas pode ser responsável se deu causa ao dano e (ii) só é devido indenizar o quanto se prejudicou (no esteio do artigo 944 do Código Civil).

Respondendo à questão anteriormente suscitada, a doutrina teceu diversas teorias, cada qual com enfoque em um aspecto do nexa causal. São as principais a: (i) teoria da equivalência das condições, hoje superada por sua possível infinidade; (ii) teoria da causalidade adequada, igualmente descartada por possibilidades indefinidas de atribuição da causa; (iii) teoria da causalidade eficiente, criticada pela falta de critérios objetivos para identificação do elemento nuclear do dano; e (iv) a teoria da causalidade direta e imediata, atualmente adotada pelo Código Civil, em seu artigo 403, definida por encontrar nexa causal apenas à medida direta entre o ato e o dano.

Dentro da última teoria apresentada, subsistem ainda divergências, sendo a escola da consequência necessária a mais prestigiada atualmente, que defende o rompimento do nexa causal assim que a conduta violadora do agente seja interrompida por outra do credor ou terceiro antes de produzir o dano. Nesse caso, transfere-se a responsabilidade ao novo ofensor.

Agostinho Alvim comenta a respeito da teoria:

É ela a que melhor resolve e interpreta a doutrina de Pothier, e seu antecessor, Dumoulin, aos quais se deve a construção da teoria do dano direto e imediato. Todas as escolas, que pretendem explica-la, concordam em que, se há uma violação de direito por parte do credor, ou terceiro, interrompido está o nexa causal, e libertado de responsabilidade o autor da causa primeira.¹⁰³

Mais complexa se torna a questão quando, entre o ato ilícito e o dano, se interpõe outro fato que não pode ser atribuído a ninguém. Nessa situação, há que se analisar a necessidade do fato, isto é, o ato ilícito deve ter sido causa única do dano, sendo capaz de produzi-lo independentemente da ocorrência de outros fatos.

¹⁰³ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, 5ª ed., 1980, Saraiva, p. 347.

Novamente, as lições de Agostinho Alvim indicam que:

Suposto certo o dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a essa última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é causa única, por que opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.¹⁰⁴

Superada a discussão acerca do limite da responsabilização, resta aplica-la à persecução dos danos causados por cartéis. Nesses casos, se excluirá todas as causas alheias à atuação do cartel, buscando entender o quão decisivos foram os esquemas empreendidos para o resultado do dano, o que ocorrerá em fase probatória, por profissionais adequados.

Para Gilberto de Abreu Sodré Carvalho:

(...) a grande atividade da perícia relativa à identificação do nexo causal será a de identificar a *necessariedade da causa* criada pelo suposto concorrente ofensor para efeito dos danos que tenham ocorrido. Deve a perícia excluir os efeitos de outras causas que não sejam o ato ilícito do concorrente ofensor. Deve verificar se essas demais causas não teriam, ou em que parte teriam, interrompido o vínculo causal com o ato ilícito do concorrente ofensor. São equações de muitos termos, cada vez mais difíceis de construir quanto menor a contundência da *necessariedade da causa* produzida pelo suposto concorrente ofensor.¹⁰⁵

Ainda, por ser uma relação complexa, de múltiplos agentes, vítimas e terceiros, a identificação do nexo causal acaba ficando nebulosa nos casos concretos. Isto porque, muitas vezes, a vítima é um consumidor indireto, que não guarda relações com os membros do cartel, porém, é forçada a comprar produtos superprecificados, uma vez que a formação de cartel altera todo o equilíbrio

¹⁰⁴ Idem., p. 348.

¹⁰⁵ CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Responsabilidade Civil Contratual: Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2002. p. 120.

econômico de sua região de atuação, gerando fenômenos como a retrolimitação concorrencial¹⁰⁶ e o repasse do sobre-preço na cadeia produtiva.

Quando isso ocorre, a imputação do dano aos membros do cartel se torna extremamente difícil, posto que são necessárias informações profundas a respeito do funcionamento do cartel, dos preços usuais, e de todo o panorama econômico da situação, para que se isole a parte que cabe indenizar.

Em resposta a essa dificuldade, resta como direito da vítima postular a indenização contra todos os membros do cartel, que responderão solidariamente, ainda que não tenham causado o dano diretamente, nos termos do artigo 942, parágrafo único, do Código Civil.¹⁰⁷

Nesse sentido, também é a doutrina de Paulo Felipe Carneiro de Freitas: "(...) mesmo que um dano seja perpetrado no interior da cadeia produtiva, e houver prova do nexo causal adequado e de que ele foi repassado adiante, de rigor o reconhecimento da indenização."¹⁰⁸

2.2.4 – Dano

Por fim, resta tratar do elemento central da responsabilidade civil, e a fonte da obrigação, que é o dano. É a sua ocorrência que dá início à pretensão reparatória e à análise dos outros pressupostos no caso concreto. Não por outro motivo, a indenização é quantificada na mesma medida do prejuízo, conforme visto anteriormente.

O dano consiste de uma violação a um bem jurídico, ou seja, um interesse protegido pelo ordenamento jurídico, dividindo-se entre o dano de ordem patrimonial

¹⁰⁶ Ob. cit., pp. 84-92.

¹⁰⁷ 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. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

¹⁰⁸ FREITAS, Paulo Henrique Carneiro de. *Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica*, São Paulo. p. 65.

e o de ordem extrapatrimonial, ambos traduzidos em forma de pecúnia no momento da indenização.

Outra divisão recorrente para análise da prática de cartel é entre dano-evento e dano-prejuízo, conceito exposto por Antonio Junqueira de Azevedo, cujo critério foi que, no primeiro tipo, estão os danos imediatos do ato ilícito, enquanto que no segundo, residem os danos consequentes dos primeiros.¹⁰⁹

Para melhor compreensão, o entendimento de Antonio Junqueira se faz relevante:

(...) pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial – por exemplo, se a vítima perdeu total ou parcialmente sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser numa coisa que está no patrimônio de alguém e a consequência ser principalmente um prejuízo não-patrimonial (dano moral) – por exemplo, se o dono tinha, pela coisa, valor de afeição... Portanto, o dano-evento, ou lesão, pode ser no corpo ou no patrimônio e, quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não-patrimonial: um dano ao corpo pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais e um dano ao patrimônio também pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais.”¹¹⁰

Especificamente nos casos em questão, é mais comum que as demandas ocorram em face de um dano-prejuízo, posto que os danos-evento, nesse caso, são aqueles sentidos diretamente, tratando-se de uma ofensa a um interesse difuso da coletividade, isto é, a concorrência.

Os frutos desse dano imediato são a materialização do prejuízo ao mercado de certo produto ou serviço de maneira individualizada, sentida, por exemplo, pelos consumidores que acabam forçados a pagar preços abusivos, ou por um concorrente menos dominante no mercado, que não percebe mais lucros devido à sua incapacidade de competição frente às empresas do cartel.

¹⁰⁹O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem: sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito. Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal. Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. In Antonio Junqueira de Azevedo, Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p.33.

¹¹⁰AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral. In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT n. 36, 2000, p. 46-47.

Cumpra distinguir, também, o dano patrimonial do extrapatrimonial e como eles figuram na ação de reparação civil por danos decorrentes da prática de cartel.

O dano patrimonial é aquele que afeta diretamente o patrimônio da vítima, seja na forma de um efetivo decréscimo ou de uma perda de ganho, o que se caracterizam como danos emergentes e lucros cessantes, respectivamente.

Essa distinção provém do Código Civil, que em seu artigo 402 lê: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”¹¹¹

O conceito persiste nas infrações à ordem econômica, como bem ensina André Marques Francisco: “a infração antitruste poderá dar ensejo a duas modalidades distintas de dano: o dano emergente (suportado de imediato pelo patrimônio da vítima) e o lucro cessante (redução da perspectiva razoável de lucros da vítima).”¹¹²

O sobre-preço é o resultado danoso patrimonial mais escancarado das atividades do cartel, e é a origem dos pedidos por danos emergentes, quantificados pelo percentual de lucro indevido pago ao vendedor, bem como de lucros cessantes (em casos mais específicos), entendidos como a perda da clientela decorrente do aumento injustificado nos preços.

Tem-se que a quantificação do dano requer um método complexo de análise que supera a mera compreensão da existência do cartel, sendo necessários estudos a respeito do panorama econômico da região afetada pelo ilícito, comparação de preços no tempo e em lugares distintos, assim, será dada atenção própria ao tema em capítulo posterior, dado que é causa de algumas das maiores dificuldades encontradas no ajuizamento desse tipo de demanda.

111 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 18/12/2018

112 FRANCISCO. André Marques. Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica, cit., p. 81.

Por ora, cabe tratar da aparição do dano extrapatrimonial como resultado das condutas anticoncorrenciais, posto que não é tão claro quanto o que costuma ocorrer em outros tipos de ações de reparação civil.

De modo geral, o dano moral se distancia do material por representar uma ofensa aos direitos de personalidade da vítima, ao invés de uma mudança no balanço patrimonial desta. Por conta dessa peculiaridade, o dano moral não pode ser quantificado de maneira exata, sendo correto afirmar que seu caráter é compensatório, não propriamente restitutório.¹¹³⁻¹¹⁴

Nesse sentido, Luiz Buchain discorrendo sobre responsabilidade civil concorrencial assevera que “(...) o dano moral sofrido pela vítima, conquanto seja de difícil quantificação como expressão perfeitamente calculada, não poderá ser negado pelo Direito.”¹¹⁵

Uma hipótese em que seria cabível a indenização por danos morais é quando uma determinada empresa da cadeia intermediária da produção sofre uma redução no fornecimento de matéria-prima por parte da empresa fornecedora praticante de condutas anticoncorrenciais. A empresa intermediária, por não ter possibilidades de

¹¹³Sobre isso, André Gustavo Corrêa de Andrade explica: “A concepção clássica, que vê na responsabilidade civil a função exclusiva de reparação do dano ou de ressarcimento da vítima, não se ajusta ao dano moral, a não ser ao custo de artificialismos e reducionismos. A distintiva natureza do dano moral em relação ao dano material é, por si só, indicativa de que a tradicional sanção reparatória não é ordinariamente aplicável àquela, pelo menos não sem o recurso de ficções jurídicas. A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais.” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 170-171).

¹¹⁴ Correntes doutrinárias também advogam pelo caráter punitivo e desestimulador da violação moral, sendo pertinentes as palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “[...] não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.” (FILHO CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.) e Fernando Noronha: “Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos).” (NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441)

¹¹⁵ BUCHAIN, Luiz Carlos. O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial. Editora Nova Prova. Porto Alegre. 2006. P.167.

honrar com compromissos de venda firmados anteriormente com seus clientes, perde credibilidade no mercado, maculando sua imagem e confiabilidade.¹¹⁶

Contudo, por ser uma ofensa a um elemento subjetivo da vítima, a prova do dano moral é mais difícil de ser produzida, o que forçou uma evolução no sentido de reconhecer a responsabilidade a partir da demonstração de um abalo maior do que o mero cotidiano e, em alguns casos, apenas a demonstração da violação do interesse patrimonial (conhecido como dano *in re ipsa*).

Também é pertinente assinalar que a pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial indenizável¹¹⁷, exteriorizado na forma de uma depreciação da imagem ou reputação do sujeito ante sua vida pública. É dizer, há condutas que geram valor negativo na confiança e credibilidade que a pessoa jurídica tem perante a sociedade, o que, eventualmente, pode até resultar em danos patrimoniais.

Sob essa perspectiva, o tema ganha relevância nas ações reparatórias por ações de cartel, havendo distinção de sua configuração a partir da pessoa vitimada.

Se é pessoa jurídica, cabe a aplicação do conceito da “honra objetiva”, nesse caso vista pelo seu apagamento do mercado frente aos concorrentes membros do cartel, por não ser capaz de competir justamente, o que possibilita a indenização pelo dano, desde que comprovado.

Quanto às pessoas físicas, são afetadas em seu aspecto moral pela obrigação de alocar mais recursos que o necessário na aquisição de produtos superprecificados, assim, deixa de optar por despende-los da melhor maneira. Ademais, podem acabar consumindo produtos de menor qualidade, atingindo diretamente sua dignidade, assim, também cabível indenização.

Ademais, existem danos morais coletivos, que surgem da ofensa à ordem econômica, ao equilíbrio do mercado, à concorrência (aqui em sentido institucional),

116 BUCHAIN, Luiz Carlos. O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial. Editora Nova Prova. Porto Alegre. 2006. p.168.

117 O entendimento se encontra pacificado pela jurisprudência através da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

e até o desenvolvimento social, sendo amparados por disposição expressa contida no artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública¹¹⁸.

Com relação à prática do cartel, e em uma perspectiva econômica, Fabiana Tito¹¹⁹ descreve que muitos autores¹²⁰ dividem o dano decorrente de cartel sofrido por consumidores em três fatores: sobre-preço, efeito pass-on e efeito *output*.

Antes de se caracterizar os três fatores acima descritos, para melhor compreensão, se faz importante mencionar uma hipótese da cadeia de consumo, composta por empresa cartelista, empresa intermediária e empresa final.

Nesse sentido, o sobre-preço¹²¹ é caracterizado pelo valor adicional que é pago pela empresa intermediária, vítima direta do cartel, em um insumo utilizado na produção de seu produto. Já o efeito pass-on, caracteriza-se pelo repasse, que pode ser parcial ou total, à empresa final, do valor adicional pago pela empresa intermediária.

Por fim, o efeito *output*, que se caracteriza pela perda de vendas verificada pela empresa final, decorrente do aumento do valor do produto, que é fruto do aumento do preço de insumo imposto pela empresa cartelista.

2.3. Princípio da Reparação Integral dos Danos

118 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

V - por infração da ordem econômica;

119 TITO, Fabiana Ferreira de Mello. Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobre-preço, efeito repasse (Pass-on) e multa ótima / Fabiana Ferreira de Mello Tito. -- São Paulo, 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2018. Orientador: Marcio Issao Nakane. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-21082018-150528/pt-br.php> Acesso em: 18/12/2018.

120 Como por exemplo, os autores e respectivas obras: DIJK, T.; VERBOVEN, F. The Quantification of Damages, in W.D. Collins (ed), Issues in Competition Law and Policy. American Bar Association, Antitrust Section. 2008. E DAVIS, P.; GARCÉS E. Damage Estimation, in: Davis, P. and Garcés, E., Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis. Princeton University Press. 2010.

121 Por sobre-preço, Fabiana Tito define no seguinte sentido: “é o aumento do preço decorrente da estratégia do cartel de maximizar lucros conjuntos e que se traduz em aumento do custo do insumo do consumidor direto”. Op. Cit. p.75

Primeiramente, é devido salientar que a matéria de responsabilidade civil deve ser interpretada à luz do Princípio da Reparação Integral, o qual limita a pretensão indenizatória à exata medida do dano causado¹²², conforme sedimentado no artigo 944 do Código Civil, senão leiamos seu inteiro teor:

Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.¹²³

Veja-se, a disposição em comento estabelece o objetivo da ação indenizatória e o parâmetro a ser utilizado para calcular a devida restituição, que consistem, respectivamente, da recomposição das partes ao *status quo ante*, e a proporção de equidade entre a extensão do dano e a indenização correspondente.

Isto é dizer, no Brasil, que as ações reparatórias não são unidas de caráter punitivo ao infrator, senão meramente reconstitutivo, objetivando a retomada da ordem social ao invés da promoção sancionatória e/ou lucrativa, não se admitindo que a indenização ultrapasse a extensão do dano, sob pena de enriquecimento sem causa, este vedado pelo artigo 884 da mesma Lei.

No mesmo sentido, diz Caio Mário da Silva Pereira:

(...) é também princípio capital, em termo de liquidação das obrigações, que não pode ela transformar-se em motivo de enriquecimento. Apura-se o quantitativo do ressarcimento inspirado no critério de evitar o dano (*de damno vitando*), não porém para proporcionar à vítima um lucro (*de lucro capiendo*). Ontologicamente subordina-se ao fundamento de restabelecer o equilíbrio

¹²² A doutrina reconhece que o valor justo da indenização deve ser a combinação de todos os danos suportados pelas partes, distribuídos de maneira eficiente para reconstruir o patrimônio afetado, senão vejamos: "... o instituto de responsabilidade civil tem por finalidade a distribuição eficiente dos custos decorrentes dos prejuízos oriundos de um acidente, dos custos de prevenção e, dos custos com processos para determinar estes custos. O princípio geral da responsabilidade civil nessa análise, portanto, é de que os custos sejam suportados pela parte que poderia evitar ou minimizar os riscos dos referidos acidentes, sempre com vista a maximizar o valor comum de bens e serviços, ou seja, garantir eficiência econômica". DRESCH, Rafael de Freitas Valle Dresch. *Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar?*. In Direito e Economia, org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 195.

¹²³ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 18/12/2018

rompido, e destina-se a evitar o prejuízo. Há de cobrir a totalidade do prejuízo, porém, limita-se a ele.”¹²⁴

Assim, não há possibilidade de que as vítimas acabem por auferir vantagem sobre os infratores, devendo ser alocadas à posição em que estariam caso o dano nunca tivesse existido.

Em contrapartida, a busca pela prestação jurisdicional, nos casos abrangidos pela Lei Antitruste, é praticamente inexistente, ao revés do que ocorre em países como os Estados Unidos, em que a indenização pela infração concorrencial é o triplo da extensão do dano.

Neste cotejo, relevante citar a legislação norte americana, que prevê a figura da tripla reparação de danos nos casos de infrações anticoncorrenciais. Desta forma, se os infratores foram condenados judicialmente, de forma automática ocorrerá a multiplicação dos danos por três, e este será o valor devido pelos infratores às vítimas.¹²⁵

No cenário brasileiro, também pode ser observada a imposição de sanções mais rigorosas aos infratores, tendo em vista que há uma premissa lógica, mas não necessariamente verdadeira, de que quanto mais severa for a sanção, maiores as chances de se observar a dissuasão.

No bojo de tal princípio, para que haja justa indenização, se torna indispensável a quantificação do dano, em ambas esferas patrimonial e moral, o que origina uma das grandes dificuldades na busca desse direito. Isto se dá ao fato de que, para precisar o dano causado pela ação dos cartéis, são necessárias informações profundas a respeito de sua extensão e da exata relação desta com o patrimônio afetado injustamente. Sendo um tema complexo, será tratado em item próprio, destinado a discutir o limite dessa capacidade quantitativa.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 314.

¹²⁵ “*Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.* É o que dispõe a seção 4 do Clayton Act: disponível em: <<http://gwcllc.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>> Acesso em 18/12/2018.

2.4 - Legitimidade ativa da ação de reparação de danos concorrenciais

Antes que se possa tratar dos aspectos problemáticos ao ajuizamento da ação de responsabilidade civil por danos oriundos da prática anticoncorrencial, resta conceituar quais pessoas são legítimas para figurar nos polos da demanda, posto que, tanto no polo ativo como passivo, podem existir diferentes figuras.

De início, cabe voltar-se, novamente, à norma do artigo 47 da Lei 12.529/11, que configura legítimos para ingressar em juízo “os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Nos termos do que foi abordado anteriormente, sabe-se que os prejudicados são qualquer pessoa (física ou jurídica) afetada (direta ou indiretamente) pelas atividades praticadas pelo cartel, e mesmo a coletividade em si.

No mesmo raciocínio, os prejudicados podem estar em qualquer fase da cadeia produtiva, seja um produtor de insumos que sofreu uma queda na demanda, um consumidor intermediário obrigado a arcar com o sobre-preço ou realizar o repasse deste, um concorrente que perdeu a capacidade competitiva, um consumidor final, adquirente de um produto ou serviço de qualidade mais baixa e/ou por um preço abusivo, ou até mesmo entidades públicas, lesadas pelo desequilíbrio econômica ou pela fraude a um processo licitatório.¹²⁶

Não só no âmbito judicial, essas pessoas também podem figurar como titulares de direito nos processos administrativos em trâmite no CADE, nos termos

¹²⁶ Luiz Carlos Buchain comenta: “Assim, na hipótese de abuso de preços contra o agente econômico que primeiramente pagou a mercadoria, a transferência do preço para o mercado através da cadeia econômica não retira sua legitimidade (do primeiro adquirente) para defesa de seu direito individual ou individual homogêneo. Os demais integrantes da cadeia econômica que sofrem o dano originalmente cometido por um agente remoto na cadeia econômica também possuem legitimidade ativa contra aquele, mas não contra os demais intermediários que também foram vítimas da mesma prática infracional da concorrência” (BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*, Porto Alegre, Nova Prova Editora, 2006, p. 147)

do artigo 50, I, da Lei Antitruste¹²⁷, o que pode ser relevante para obtenção às informações e provas que, de outro modo, não poderiam acessar.

2.4.1 – Ações Coletivas

Ainda sobre os legitimados de forma ativa para ingressarem em juízo requerendo a reparação por danos decorrentes de cartéis, há de se mencionar que o artigo 47 da LDC também legitima os entes mencionados no artigo 82 da Lei nº 8.078 de 1990¹²⁸, entre estes a União, os Estados os Municípios, o Ministério Público e as associações.

Tais entes poderão ingressar em juízo para defender interesses individuais ou individuais homogêneos¹²⁹ visando cessar a prática de infrações à ordem econômica e a obtenção de indenização por perdas e danos.

Nesse sentido, a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, expressamente menciona o cabimento de ações de responsabilidade patrimonial e moral decorrentes de infrações à ordem econômica¹³⁰.

127 Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de: I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; II - II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

128 Lei nº 8.078 de 1990: Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm Acesso em 18/12/2018

129 Por interesses individuais homogêneos, Pedro da Silva Dinamarco aponta: “Os interesses individuais homogêneos são divisíveis, passíveis de ser atribuídos individual e proporcionalmente a cada um dos indivíduos interessados (que são identificáveis), sendo essa sua grande diferença com os interesses difusos ou coletivos (estes sim indivisíveis). Como já dito, essa indivisibilidade é do objeto do pedido e não da causa de pedir. Eles são verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. Ou seja, não são coletivos em sua essência nem no modo como são exercidos. Na verdade, esses direitos, mais do que os outros dois, são consequência da moderna sociedade de massa.” (DINAMARCO, Pedro da Silva, Ação civil pública e suas condições da ação, cit., p. 65).

Ademais, a própria LDC menciona, em seu artigo 50, inciso II¹³¹, que os legitimados poderão intervir nos processos administrativos desde que a Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator admitam. Tal dispositivo pode facilitar o ingresso em juízo para propositura de ação civil pública visando o ressarcimento de danos causados pela prática de cartel, já que os legitimados participarão do processo administrativo do CADE, podendo assim reunir um conjunto probatório mais robusto quando do ingresso na esfera judicial.

Na jurisprudência pátria, há alguns casos de ações coletivas que visam o ressarcimento por danos decorrentes da prática de cartel. Dentre eles, um dos mais emblemáticos e que refletem a divergência de entendimentos entre a autoridade concorrencial e o poder judiciário é o caso relacionado à prática de cartel no mercado de gás de cozinha.

Após serem condenados pelo CADE¹³², os infratores se tornaram réus em ação civil pública. Após a condenação em primeira instância, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹³³, o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento diverso do CADE e das instâncias inferiores, decidiu que não houve cartel¹³⁴, fato que eximiu os infratores da condenação à reparação de danos coletivos.

130 Lei nº 7347, Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)V - por infração da ordem econômica; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm

131 Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de: I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

132 Processo Administrativo nº 08700.003067/2009-67

133 TRF4: Apelação Cível Nº 5021730-87.2011.404.7100/RS. - Relator: Fernando Quadros Da Silva

134 A saber: Recurso Especial nº STJ - REsp 1.390.875 /Estado do Rio Grande do Sul - 1.ª Turma - j. 09.06.2015 - v.u. - Rel. Napoleão Nunes Maia Filho - DJe 19.06.2015 – Ementa Oficial: Ementa Oficial: Administrativo e econômico. Ação civil pública. Danos difusos aos consumidores. Infrações à ordem econômica. GLP. Distribuidoras. Formação de cartel. Não ocorrência. Aplicação da state action doctrine. Atuação das distribuidoras imunes ao controle do órgão antitruste. Atividade regulada e fiscalizada pelo Estado. Advocacia da concorrência ou educativa para promoção de ambiente livre e competitivo. Recursos especiais providos. 1. O mercado de GLP – gás liquefeito de petróleo – tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas. 2. Aplicação, ao caso, da state action doctrine foi formulada nos EUA para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste, quando presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la: lição do Prof. Calixto Salomão Filho (Direito concorrencial: as estruturas, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 238-240). 3. No caso, não há

Digno de nota, muito embora as ações coletivas sejam mais um instrumento capaz de reparar os danos sofridos pelas vítimas de cartel, ainda há de se observar a insegurança jurídica constatada pela contradição das decisões da autoridade concorrencial e do poder judiciário.

2.4.2 – Legitimidade Passiva

Já no campo da legitimidade passiva, tem-se que também há disposição expressa para sua delimitação, no artigo 31 da LDC¹³⁵. Assim, são legítimas para figurar no polo passivo da ação todas as entidades que concorram para a prática do cartel, ressaltando, ainda, que, no caso de mais de um réu, poderá ser formado litisconsórcio, respondendo todos os infratores solidariamente.

Neste esteio, Gilberto de Abreu Sodré Carvalho, aludindo ao artigo 942 do Código Civil explica:

(...) o direito positivo brasileiro instituiu um ‘nexo causal plúrimo’, Em havendo mais de um agente causador do dano, não se perquire qual

dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente. 4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência – como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas – exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (competition advocacy) ou educativa. 5. A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva, principalmente através de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência. 6. Recursos especiais providos para julgar improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública. Acórdão disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201301933523&dt_publicacao=19/06/2015 Acesso em: 18/12/2018

¹³⁵ Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm Acesso em: 18/12/2018

deles deve ser chamado como responsável direto ou principal. Beneficiando, mais uma vez, a vítima permite-lhe eleger, dentre os corresponsáveis, aquele de maior resistência econômica, para suportar o encargo ressarcitório.¹³⁶

Em suma, a ação de reparação civil por danos decorrentes da prática de cartel pode apresentar uma pluralidade de autores e réus, cada qual pelo seu aspecto de prejuízo ou parcela de corroboração com o cartel, respectivamente, desde que fundamentados os pressupostos anteriormente descritos (ato ilícito, dano e nexa causal).

2.5 - Principais dificuldades encontradas no ajuizamento de ações de reparação de danos decorrentes da prática do cartel

Neste item, será discorrido sobre as principais dificuldades quando do ajuizamento de ações de reparação de danos decorrentes da prática do cartel. A primeira delas é sobre o obstáculo relacionado à obtenção de provas para que seja proposta a mencionada ação civil reparatória, tendo em vista que muitos dos documentos utilizados para fundamentação das decisões do CADE são de cunho sigiloso. Por conseguinte, será mencionado a problemática do termo inicial e do prazo prescricional da referida ação, tendo em vista que ainda é um tema que gera controvérsias e posicionamentos distintos.

Por fim, serão descritos alguns outros temas que dificultam o *private enforcement* encontrados no cenário brasileiro e que podem, à longo prazo, serem solucionados, ou ao menos, diminuídos, como por exemplo a falta de experiência dos juízes brasileiros e a ausência de uma cultura de reparação de danos no Brasil.

2.5.1 – Acesso às provas

¹³⁶ CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodr e Carvalho - *Responsabilidade civil*, cit. p. 91, n. 77.. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. 2002

Com relação às principais dificuldades encontradas no ajuizamento de ações de reparação de danos, ou seja, da persecução privada, se faz necessário discorrer sobre um cenário onde já se verifica a ocorrência do dano sofrido pela vítima.

Nesse cotejo, o indivíduo prejudicado, seja pessoa física ou jurídica, frequentemente tem dificuldades de produzir provas suficientes e cabais para comprovação e posterior cálculo da indenização pelos danos materiais e extrapatrimoniais gerados pelo ato ilícito afrontoso ao direito do consumidor.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil prevê uma medida para que seja determinada a exibição de documentos em seus artigos 396 a 404¹³⁷, mas contraposto ao princípio da boa-fé, e pela facilidade de controle dos documentos em posse do réu, este frequentemente se desfaz destes por meio da destruição, ou utiliza meios processuais para protelar e atrapalhar o regular andamento da demanda processual, até para impossibilitar que o autor comprove o seu pleito.¹³⁸

Outro fato que costuma dificultar o acesso a documentos e conseqüentemente obstaculizar o ajuizamento de uma ação de reparação de danos decorrente de práticas anticoncorrenciais, se refere à frequente alegação de prescrição de créditos tributários, o que escusaria o réu cartelista da obrigação de exhibir os documentos.

Assim, mesmo diante de eventual decisão judicial que o obrigue a apresentar em juízo documentos que podem conferir a prova da materialidade da prática do cartel, como já não existem mais obrigações tributárias¹³⁹ referentes à guarda de

¹³⁷ “Deve-se considerar, porém, que o grande volume de dados sobre o mercado necessário a essa combinação pode apresentar consideráveis dificuldades aos tribunais. Isso porque, em que pese a possibilidade de o juiz ordenar à parte que exiba documento que esteja em seu poder, conforme o disposto no art. 355 do CPC (atual art. 396), não pode ser descartada a possibilidade de o infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual”. (GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014. p.142

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 479.

¹³⁹ Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966): Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Parágrafo único. Os livros obrigatórios

documentos de escrituração comercial, fiscal e os livros caixa, dentre outros, a obtenção dos referidos documentos é frustrada.

2.5.2 – Termo inicial e Prescrição

Tema conseguinte, e outro obstáculo ao ajuizamento das ações, é a prescrição da pretensão reparatória no Direito Brasileiro. Em matéria cível, existe uma vertente doutrinária e jurisprudencial que entende que o termo inicial é baseado no art. 189 do Código Civil¹⁴⁰ o qual retoma o princípio de que a pretensão nasce no momento da violação do direito que envolve o fato jurídico, também conhecido pelo brocardo latino *actio nata*, sendo certo ainda que, nos termos do art. 206, §3º, inciso V do Código Civil Brasileiro, a pretensão de reparação do dano prescreve em 3 (três) anos, a contar da data supra citada.

Assim, nestes casos, o início do prazo prescricional só seria viável a partir do conhecimento dos danos causados. Nesse sentido, Leal descreve que:

(...) não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular (...) não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.¹⁴¹

Inclusive, diversos julgados de tribunais superiores demonstram que boa parte das decisões jurisprudenciais seguem no sentido de que o prazo prescricional teria seu termo inicial no momento em que ocorre a violação do direito, havendo ou não conhecimento por parte do indivíduo lesado, ora vítima, da violação dos direitos

de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

¹⁴⁰ Código Civil Brasileiro: Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

¹⁴¹ LEAL, António Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil. Edição 4. ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 36-37

e prejuízos decorrentes dessa violação, conforme exemplifica-se no julgados abaixo, proveniente do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Em nosso direito, quando a lei pretende que o termo *a quo* seja o da ciência do fato, di-lo expressamente. Assim, o artigo 178, do Código Civil, em seus parágrafos 4º, I e II e 7º, V. As hipóteses são excepcionais, pela insegurança quais disposições podem acarretar para a estabilidade das relações” (STJ, Recurso Especial nº 36334/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, julgado em 14.09.1993, DJ 04.10.1993).

E também, um julgado mais recente:

(...) O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como *dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima” (STJ, Recurso Especial nº 1168336/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 22.03.2011).

Entretanto, por se tratar de uma infração silenciosa, que normalmente envolve sigilo dos envolvidos, e que os indivíduos lesados descobrem a prática do ato lesivo apenas após a divulgação das descobertas feitas pelas investigações das autoridades concorrenciais, vale a abordagem da outra vertente doutrinária e jurisprudencial, que compreende que o prazo prescricional não poderia se iniciar antes que a vítima tomasse conhecimento do ato lesivo praticado.

No que se refere à responsabilidade civil extracontratual, ou seja, a que é aplicado em caso de danos concorrenciais, não se aplicaria a ideia da *actio nata*, sendo plausível para o autor que o prazo prescricional se iniciasse após o efetivo conhecimento das práticas lesivas por parte da vítima, conforme expõe José Fernando Simão:

Para fins de responsabilidade extracontratual, a noção de Savigny de *actio nata* deve ser afastada. Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a possibilidade do exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento. (...) A negligência supõe uma vontade que se omite, e a prescrição pode apagar relação jurídica de todo em todo ignorada pelo seu titular. Como

falar-se de omissão de vontade por parte de quem sequer sabia que podia querer e agir?¹⁴²

Ademais, o próprio Superior Tribunal de Justiça contrapôs os entendimentos acima mencionados acerca do termo *a quo* do prazo prescricional. No caso, restou comprovado que a vítima jamais teve a chance de tomar ciência da prática ilícita dos cartelistas no momento da ocorrência dos atos. Assim, tornou-se possível a aplicação de tese processual de que o prazo prescricional tem seu início a partir do momento em que a vítima toma conhecimento da existência do cartel e da violação dos direitos envolvidos, conforme segue:

O termo a quo para auferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida.” (STJ, Recurso Especial nº 673576/RJ, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 02.12.2004).

Ainda quanto ao prazo prescricional, existem impedimentos legais à fluência deste, conforme expressamente previstos nos arts. 192 a 200 do código Civil Brasileiro¹⁴³, sendo o mais relevante aquele com relação à existência de ação penal investigatória dos fatos que geram a pretensão em âmbito cível.

Desta forma, considerando que há fundamentos para que o início do prazo prescricional ocorra da ciência inequívoca da lesão ao direito, temos que tal ciência inequívoca geralmente é percebida após a decisão na via administrativa, ou seja, após o encerramento do processo administrativo do CADE que condena os praticantes de condutas anticoncorrenciais¹⁴⁴.

¹⁴² SIMÃO. Jose Fernando. Prescrição e Decadência: Início dos Prazos, São Paulo, Atlas, 2013, pp. 213-214.

¹⁴³ Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3o; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção. Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

¹⁴⁴ Esse é o exato entendimento que o Projeto de Lei nº 286 de 2016 pretende sanar. Nele, como se verá no capítulo 3, é estipulado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o ajuizamento de ações de reparação de danos e o início da contagem do prazo se dá a partir da ciência inequívoca do ato, que é a publicação da decisão condenatória do CADE.

Assim, pode-se afirmar que até mesmo nos casos de Acordos de Leniência ou Termos de Cessação de Conduta, o prazo prescricional teria início na data de divulgação da ocorrência destas situações.

2.5.2.1 - Ação Judicial de Protesto Interruptivo de Prescrição

Enquanto o problema do termo inicial e do prazo prescricional não é sanado, importante mencionar estratégia para que as vítimas sejam resguardadas de uma possível improcedência em uma ação reparatória por prescrição.

De acordo com o artigo 240, §1º do Código de processo Civil¹⁴⁵, a prescrição é interrompida pelo despacho que ordena a citação e retroage à data de propositura do processo judicial.

Assim, algumas demandas foram propostas no sentido de se interromper o prazo prescricional de ajuizamento das ações de reparação de danos decorrentes de práticas anticompetitivas.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴⁶ decidiu que houve interrupção da prescrição em ação reparatória em virtude do ajuizamento de ação penal, aplicando-se o quanto disposto no artigo 200 do Código Civil¹⁴⁷.

Assim, enquanto se espera a edição de dispositivo legal que termine a discussão sobre prazo prescricional, prudente é o ajuizamento de ações interruptivas de prazos prescricionais para que a ação de reparação de danos seja posteriormente efetivada.

¹⁴⁵ Art. 240. (...) 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

¹⁴⁶ TJSP, AI nº 2075742-75.2015.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Alfieri, j. 25.8.2015

¹⁴⁷ Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

2.5.3 - Danos concorrenciais e programas de leniência

Outra questão bastante controversa e debatida no Direito Brasileiro é o fato de muitos documentos derivados das investigações e processos administrativos estarem com a autoridade regulatória, o CADE, que frequentemente celebra acordos de leniência com os agentes cartelistas.

O agente infrator certamente entende como um fator impeditivo da realização de Acordo de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação, diante da grande probabilidade, após o fornecimento dos dados e documentos, de ser responsabilizado solidariamente pela indenização na integralidade do prejuízo gerado pelo cartel, conforme explica Luiza Andrade Machado:

De um lado, o acesso e a utilização de informações apresentadas por beneficiários da leniência facilita a comprovação da prática de cartel, dos danos por ele causados e de seu nexo de causalidade, elementos essenciais da responsabilidade civil concorrencial, permitindo que prejudicados sejam efetivamente indenizados. De outro lado, essa possibilidade aumenta os custos da delação e poderia desincentivar a celebração de acordos de leniência visto que os possíveis beneficiários passariam a ponderar sua maior exposição a ações de responsabilidade civil.¹⁴⁸

Ainda, vale ressaltar que o art. 86, § 9º da LDC¹⁴⁹ prevê que a proposta de acordo será sigilosa, exceto se as investigações e o processo administrativo impuserem algo de forma contrária, ou seja, a norma mantém a liberalidade do acordado com o cartelista no momento da negociação da leniência oferecida e/ou requerida.

¹⁴⁸ MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. Revista de Defesa da Concorrência, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015. p. 117.

¹⁴⁹ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: § 9o Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

Nesse sentido, há bastante debate sobre o sigilo dos termos do acordo de leniência firmado, conforme se depreende de alguns julgados, sendo que podemos destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.554.986/SP – julgado em 08/03/2016)¹⁵⁰, na ação indenizatória ajuizada pela empresa Eletrolux do Brasil S.A., em face da Whirlpool S.A. e outros réus, em busca da reparação de danos alegadamente causados por prática de cartel.

No caso em comento, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze firmou o entendimento no sentido de que não se pode considerar absoluto o sigilo aplicável aos termos do acordo de leniência, já que não poderia ser eterno pela perda de importância após o fim da apuração da conduta.¹⁵¹

2.5.4 – Importância da quantificação dos danos e principais métodos para sua verificação

De acordo com a Lei nº 12529/2011, em seu artigo 1º, o objetivo da Lei Antitruste é o de repressão e prevenção de infrações contra a ordem econômica, sempre de acordo com os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre

¹⁵⁰ CADE - Requerimento nº 08700.001369/2009-09 – Cartel Dos Compressores - Requerente: Whirlpool S.A., Ernesto Heinzelmann, Laércio Hardt, Gilberto Heinzelmann, Dário Gert Isleb, Dailson Farias, Michael Inhetvin, Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. – Unidade de Negócios Embraco, Nelson Effting e Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito. Advogados: Túlio Egito Coelho, Pedro S. C. Zanotta e outros - RELATOR: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

¹⁵¹ O sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei. A propósito, nesse diapasão, não se sustenta o esclarecimento da Procuradoria Federal que expressamente declina a finalidade da mencionada previsão regimental no sentido de evitar que o signatário tivesse situação mais gravosa que os demais investigados pelo CADE. Esse argumento se mostra extremamente falacioso, porquanto a 'premiação' àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado (STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016). STJ, Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, Terceira Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 8.3.2016 https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF > Acesso em 18.12.2018.

concorrência, repressão à ordem econômica função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.¹⁵²

Determinadas práticas anticompetitivas, principalmente o cartel, podem trazer inúmeros prejuízos a sociedade, não só com relação aos aspectos econômicos, mas também a todos os agentes da cadeia de produção e consumo, como os concorrentes, e os consumidores finais, diretos e indiretos.¹⁵³

No Brasil, a reparação dos danos implica o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, pelo princípio da reparação integral previsto no art. 944 do Código Civil¹⁵⁴, a vítima deve ser reposicionada à exata situação em que estaria caso o ato anticoncorrencial não fosse praticado, e conseqüentemente se não fosse gerado qualquer dano. Este princípio busca recolocar a vítima na situação hipotética¹⁵⁵ como se nunca tivesse havido o dano.

Os danos causados por cartéis, com frequência, decorrem do chamado sobre-preço, e em uma possível ação civil de reparação desses danos decorrerá da correta quantificação desse sobre-preço. Contudo, há a possibilidade de que os danos do cartel decorram de uma restrição à oferta aos agentes do mercado. Para fins de análise nesse estudo, o foco será nos cartéis clássicos que envolvem o aumento de preço.

A quantificação dos danos nos cartéis de preços dependem majoritariamente de dois fatores: a) do quanto as empresas repassam o aumento do custo para seus

¹⁵² Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

¹⁵³ Por consumidor final, o Código de Defesa do Consumidor conceitua da seguinte forma: “art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Já por consumidores diretos, são aqueles que adquirem a mercadoria com sobre-preço e absorvem o custo elevado, e os consumidores indireto, que ao adquirirem tais mercadoria com custo elevado, conseqüentemente repassam o custo para o outro nível da cadeia de consumidores. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of competition and its practice*. 3a edição, Minnesota: Thomson/West, 2005, p. 624-625.

¹⁵⁴ Código Civil: Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio: “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in *Revista de Defesa da Concorrência*, nº 2, novembro de 2013, p. 23-24.

consumidores através do aumento no preço final do produto; e b) do quanto tais empresas deixam de vender ao realizarem essa prática.¹⁵⁶

Assim, toda a cadeia de fornecedores e consumidores podem sofrer prejuízos decorrentes da prática do cartel. O grande problema é como avaliar esses danos decorrentes do sobre-preço. Em geral, a base do cálculo é feito de forma lógica, através do preço numa situação de cartel e conseqüentemente de sobre-preço, comparado com o preço hipotético numa situação em que não fosse praticado o cartel. Desta maneira, é esperado que a diferença do preço nessas duas situações norteie a quantificação da indenização a ser devida às vítimas do cartel.¹⁵⁷

Há três tipos de metodologia identificados pela Comissão Europeia para que a quantificação dos danos neste tipo de cartel seja utilizado. A primeira é o método comparativo, cuja metodologia se baseia numa comparação entre os preços numa situação de cartel e numa situação em que não houvesse a prática da infração. Por sua vez, tal método é subdividido em três categorias: (i) comparativos ao longo do tempo; (ii) comparativos por mercados geográficos; e, por fim: (iii) comparativos com um outro mercado de produto.¹⁵⁸

Assim, tais comparações são realizadas através de preços, lucros, ofertas de produtos entre outras variáveis nos períodos pré e durante a ocorrência do cartel. Contudo, esse método pode apresentar alguns problemas de ordem prática que fazem com que não seja possível a quantificação exata dos prejuízos suportados pelas vítimas.

O primeiro deles é que as variáveis encontradas nas comparações podem ocorrer não só da prática do cartel, mas de outras variáveis econômicas do mercado ocorridas durante o período, como por exemplo as variações dos preços dos insumos e dos custos tidos na fase de produção, dentre outras.

¹⁵⁶ REZENDE, Gustavo Madi; KLEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 20, p. 399 – 413, jul. – dez. 2011.

¹⁵⁷ Para mais detalhes sobre o tema, verificar o seguinte estudo: Quantifying antitrust damages. UNIÃO EUROPEIA (2009) p 27-29

¹⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2008, disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF> Acesso em 18/12/2018.

Ademais, pode ocorrer que mesmo depois do término do cartel, o preço elevado continue o mesmo, sob influência de outras variáveis que não o cartel. Também, há a possibilidade de que os cartelistas pratiquem o preço elevado muito tempo após a combinação de preços.

Por fim, ainda há a possibilidade de que as provas de prática do cartel não tenham sido devidamente comprovadas durante determinado período, o que acaba por limitar a correta quantificação dos danos.

Desta forma, muito embora haja lacunas no método comparativo, este poderá ser utilizado de acordo com o caso em concreto, desde que sejam levadas em consideração as diversas variáveis do mercado para que o cálculo seja feito de forma equânime.

Ainda há outros métodos de análise que poderão ser suscitadas, como por exemplo, o método de abordagem de análise financeira e de abordagem de estrutura de mercado. O método de abordagem de análise financeira se utiliza de informações financeiras para comparar firmas e indústrias, assim como algum referencial de taxa de retorno e informações de custos.¹⁵⁹

De acordo com Fabiana Tito, a abordagem de análise financeira se subdivide em dois tipos que poderão ser utilizados: a avaliação de desempenho financeiro, em que em um cenário de avaliação de rentabilidade de uma empresa mediante o custo de capital que gera lucros mínimos, e análise baseada em ferramentas financeiras, como por exemplo o uso do *valuation*¹⁶⁰ da empresa comparando-o com os períodos antes e depois da prática de cartel ou ainda a análise do valor da ação da empresa cartelista (*share price*) listada na bolsa de valores, nos períodos pré e pós descoberta de cartel.¹⁶¹

¹⁵⁹ TITO, Fabiana Ferreira de Mello. Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobre-preço, efeito repasse (Pass-on) e multa ótima. -- São Paulo, 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2018. Orientador: Marcio Issao Nakane. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-21082018-150528/pt-br.php> Acesso em: 18/12/2018

¹⁶⁰ Ou seja, o quanto gera de lucros e o quanto se pode esperar de lucros futuros.

¹⁶¹ Para a autora a abordagem financeira poderia se utilizar de alguns indicadores financeiros para verificar os danos decorrentes do cartel, como por exemplo: “Desempenho financeiro (que provavelmente deve estar deteriorado) do consumidor direto resultante da conduta e que pode ser usado como evidência para estimar danos; Desempenho financeiro (esperado ter melhorado) da

Uma das vantagens da avaliação de desempenho financeiro seria a facilidade de acesso aos dados relacionados às finanças, tendo em vista que são informações que as empresas possuem em seus balanços financeiros. Entretanto, um dos empecilhos é o fato da dificuldade em distinguir os impactos de fatores externos do mercado com os da prática de cartel.¹⁶²

Já a análise baseada em ferramentas financeiras, mais especificamente o *share price* pode ser desafiador, pois o método calcula tão somente os impactos decorrentes da prática anticoncorrencial, e não o dano direto às vítimas.¹⁶³

Por fim, há de se mencionar o quanto já disposto neste trabalho¹⁶⁴ em que são descritos os efeitos dos danos decorrentes de cartel como sendo o sobre-preço, efeito pass-on e efeito output. Além do cálculo do sobre-preço e a respectiva reparação com base no valor a maior pago, há também que se mencionar que também a redução de vendas causadas pelo efeito *output*, pode ser tida como objeto de cálculo de quantificação dos danos causados.

2.5.5.1 Considerações finais sobre os métodos de cálculos

É improvável que se recomponha, com exatidão, uma visão de um mercado competitivo após a prática do cartel e seus prejuízos. Desta forma, é infactível calcular com exatidão o sobre-preço do cartel e os seus prejuízos. Todos os métodos analisados constituem tão somente uma estimativa dos danos causados e uma base para que as vítimas sejam ressarcidas.

firma partícipe do cartel; Custo de produção das firmas do cartel combinado com dados de margem, de forma a estimar um preço no contrafactual”. Citação p.65-66

¹⁶² Idem. Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobre-preço, efeito repasse (Pass-on) e multa ótima. São Paulo, 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2018

¹⁶³ Cf. TITO, Fabiana Ferreira de Mello. Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobre-preço, efeito repasse (Pass-on) e multa ótima / Fabiana Ferreira de Mello Tito. -- São Paulo, 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2018

¹⁶⁴ Conforme descrito na parte final do item 2.3.4

Nesse sentido, não há, também, um método universal que seja eficazmente aplicado a todos os casos de quantificação de danos decorrentes de cartel, devendo-se analisar caso a caso para se aplicar o melhor¹⁶⁵.

O Poder Judiciário, ao se utilizar de tais métodos, deve considerar a medida do que seja razoável e mais aplicável ao caso em questão, e de toda forma, contar com peritos especializados e capazes de realizar o trabalho de quantificação dos danos.

Ademais, se a aplicação de vários métodos distintos levarem a um denominador comum, ou seja, resultados que de forma geral apresentem valores semelhantes pode ser observado um forte indício de que se esteja bem próximo do valor que é devido às vítimas.

2.6 - As decisões condenatórias do CADE como prova na esfera judicial

Sendo o CADE a autoridade competente para investigar, processar e condenar os praticantes do cartel se faz relevante mencionar que considerando que a decisão do referido órgão poderá ser rediscutida na esfera judicial, um aspecto relevante a ser levado em consideração é a abordagem realizada pelos magistrados quando se deparam com uma decisão condenatória do CADE.

Em países como Estados Unidos, Canadá, Austrália e União Europeia, a decisão da autoridade antitruste local possui alta relevância e confere o status de decisão vinculativa da existência do cartel, ou seja, tem o caráter de prova irrefutável se utilizada como fundamento de uma ação civil de reparação de danos.¹⁶⁶

¹⁶⁵ EUROPEAN UNION. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf Acesso em: 18/12/2018

¹⁶⁶REQUENA, Giuliana marchezi Franceschi Goncalves; BERNINI, Paula Muller Ribeiro. in DRAGO, Bruno de Luca. PEIXOTO, Bruno Lanna. A livre Concorrência e os tribunais brasileiros – análise crítica dos julgados no poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Ed. Singular. 2018. p.150

Contudo, no Brasil, inexistente tal segurança jurídica observada em outras jurisdições.

Em recente levantamento jurisprudencial realizado pelo Comitê de Contencioso Econômico do Instituto Brasileiro de Defesa da Concorrência (IBRAC)¹⁶⁷, verificou-se que as decisões proferidas pelo CADE constituem um importante elemento probatório para fins de convencimento de juízes e desembargadores ao julgarem as ações de reparação de danos concorrenciais.

Contudo, apesar da tendência do Poder Judiciário Brasileiro em considerar a decisão do CADE como sendo prova irrefutável da prática do cartel, essa não pode ser considerada regra absoluta, já que há uma insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais contrárias ao entendimento da autoridade concorrential.

Como exemplo, é possível citar casos emblemáticos como o Cartel dos Gases Hospitalares¹⁶⁸ e o Cartel dos Genéricos¹⁶⁹, cujas respectivas decisões condenatórias do CADE foram anuladas pelo Poder Judiciário em virtude da ilicitude das provas utilizadas no processo administrativo.

Uma possível solução a esta controvérsia, seria a de elevar o padrão de produção de provas no âmbito administrativo para que se evite a sua revisão ou anulação perante a esfera judicial. Assim, será possível aumentar a segurança jurídica sobre o tema e estimular o encorajamento das vítimas do cartel em acionar judicialmente os infratores.¹⁷⁰

2.7 – Demais obstáculos ao *private enforcement*

Outro obstáculo identificado relaciona-se à dificuldade probatória dos elementos necessários à responsabilização civil apontados acima, quais sejam o ato

¹⁶⁷ Idem. p.148

¹⁶⁸ Processo Administrativo 08012.009888/2003-70

¹⁶⁹ Processo Administrativo 08012.005928/2003-12

¹⁷⁰ Op. cit. p. 149

ilícito, a ocorrência do dano, o nexo de causalidade e a culpa. O enquadramento dos fatos em uma conduta antijurídica não é uma tarefa fácil de ser realizada pelos concorrentes ou consumidores que ajuízam a ação.

Sabe-se que para a configuração de um ilícito antitruste, como bem salienta Paula Forgioni, além da violação da norma é necessário comprovar que o agente detém poder de mercado.¹⁷¹

Em outras palavras, se o agente não tem poder de mercado, a conduta realizada não será capaz de afetar o nível de competição entre os concorrentes. Adicionalmente, para os casos específicos de cartel é necessário comprovar, à parte desses elementos mencionados, que houve acordo entre os agentes, ou então a conduta será mero paralelismo de preços, o que não constitui infração antitruste.¹⁷²

Para os casos de cartel, resta bastante dificultada a intenção de um indivíduo em reunir provas suficientes que comprovem o conluio. Um agente externo ao cartel vê suas chances de reparação serem reduzidas por não conseguir comprovar, por meio de gravações telefônicas lícitas ou outros meios probatórios, que houve de fato conluio e não apenas paralelismo de preços, por exemplo.

A comprovação do conluio não é uma tarefa simples sequer para o próprio Ministério Público, que o faz geralmente mediante a instauração de inquéritos civis, tampouco para os órgãos de defesa da concorrência, que são os responsáveis pelas investigações na esfera administrativa.

Insta mencionar que no relatório da OCDE sobre a relação entre *public* e *private enforcement*, uma das contribuições do Brasil foi a descrição das causas que explicam a baixa utilização do *private enforcement* no Brasil, quais sejam: (i) os custos altos e a duração elevada de um processo judicial; (ii) a falta de experiência dos juízes brasileiros com a matéria de direito concorrencial; (iii) a dificuldade de acesso aos documentos que serviriam como base para comprovação do dano; (iv) a

¹⁷¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.133 - 134.

¹⁷² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

necessidade de uma análise econômica específica e complexa para julgamento dos casos; e (v) ausência de uma cultura de reparação de danos.¹⁷³

De forma breve e objetiva, é possível afirmar que dentre as causas acima mencionadas, a falta de trato dos magistrados com a matéria concorrencial e a necessidade da análise econômica do caso poderiam ser solucionadas com a criação de varas especializadas em matéria concorrencial.¹⁷⁴

Os custos elevados judiciais elevados podem ser explicados pela própria estrutura judicial complexa e que de certa forma exige a arrecadação de custas judiciais e outras taxas relacionadas ao processo. Contudo, há de se mencionar o acesso gratuito à justiça nos casos especificados na legislação.

Com relação à lentidão do Poder Judiciário em solucionar conflitos, menciona-se a cultura brasileira de se judicializar questões por vezes irrelevantes e que só favorecem o acúmulo de processos nos tribunais e prejudicam o sistema como um todo. Cultura essa que não é observada em matéria concorrencial.

¹⁷³ OCDE. Directorate For Financial And Enterprise Affairs. Competition Committee. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement - Brazil. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2011\)25&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2011)25&docLanguage=En)>. Acesso em 18/12/2018

¹⁷⁴ Conforme melhor tratado no capítulo 3 a seguir.

CAPÍTULO 3 – PERSPECTIVAS DA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE CARTEL NO BRASIL

Neste capítulo, serão tratadas algumas perspectivas relacionadas ao tema do presente estudo, e que podem oferecer uma visão positiva para o futuro das ações de reparação de danos decorrentes de cartel. No primeiro item, menciona-se o Projeto de Lei nº 283 de 2016, que se aprovado e se tornar lei em vigor, pode solucionar muitos dos pontos controvertidos que atualmente geram insegurança e desconfiança sobre a eficácia deste tipo de ação no Brasil.

Já o item seguinte, é tratado sobre o instituto da arbitragem como alternativa à vítima do cartel para pleitear a reparação de danos em um juízo arbitral, posto que o Projeto de Lei mencionado obriga os signatários de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta a ingressarem em tribunal arbitral se assim a vítima preferir.

3.1 - Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2016

O Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2016¹⁷⁵ (PLS nº283) merece destaque no presente trabalho, tendo em vista que clarifica alguns pontos controvertidos do tema do presente estudo. Desta forma, pretende-se detalhar o PLS nº 283 em cada um de seus artigos e parágrafos.

De início, o projeto de lei altera o artigo 47 da Lei Antitruste, e traz, entre outras alterações, a figura da reparação de danos em dobro conforme redação a seguir:

¹⁷⁵ O Projeto de Lei nº 283 de 2016 passou por algumas alterações no seu texto inicial desde que foi editado. Na última delas, o Plenário do Senado Federal publicou a versão final do texto em 19/12/2018, e o último andamento observado foi em 26/12/2018, cujo texto foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em 19/12/2018

“Art. 1º A Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 47. § 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.”

Na justificação do projeto de lei, o legislador é claro ao objetivar não só coibir a prática como também estimular o ajuizamento de ação civil reparatória dos danos.¹⁷⁶

As inclusões dos parágrafos seguintes¹⁷⁷ ao artigo 47 da Lei Antitruste visam resguardar os signatários de acordos de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, no sentido de que impede que os signatários sejam condenados na esfera civil ao ressarcimento em dobro dos prejuízos causados, já que a obrigação de reparação se baseará somente nos prejuízos efetivamente causados às vítimas.

Ademais, os signatários também não poderão ser condenados solidariamente à reparação de danos¹⁷⁸, mas tão somente aos prejuízos por eles causados.

¹⁷⁶ A inclusão do §1º ao art. 47 da Lei n. 12.529/2011 instituirá a figura do ressarcimento em dobro pelos prejuízos decorrentes da formação de cartel. Não se trata de medida inédita na legislação brasileira, tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor preveem o ressarcimento em dobro de danos em caso de repetição de indébito, em seus artigos 940 e 42, respectivamente. Paralelamente ao tratamento do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, a inovação trazida pelo projeto, com o acréscimo do §1º do artigo 47 da Lei n. 12.529/2011, visa instituir uma sanção civil ao agente econômico que por má-fé (naturalmente decorrente da formação do cartel) cobra e recebe quantia indevida do prejudicado. A criação de tal sanção tem função dupla, pois gera um estímulo ao prejudicado para ajuizar a ação civil reparatória do dano, bem como possui caráter de dissuasão à prática de cartel. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em: 18/12/2018.

¹⁷⁷ A Alteração do artigo 47 da Lei Antitruste segue no seguinte sentido: “§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. § 4º Não se presume o repasse de sobre-preço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar.”

¹⁷⁸ Por condenação solidária, o artigo 32 da Lei nº 12.529/2011 dispõe: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. Bem como o artigo 942 do Código Civil: 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

Assim, percebe-se também o estímulo dado pelo legislador para que os infratores colaborem com a Autoridade Administrativa no processo investigativo das infrações anticoncorrenciais, já que a legislação vigente permite que os signatários de acordos de leniência ou termos de compromisso de cessação da conduta ainda sejam condenados solidariamente com os demais infratores.

Ainda, o mesmo artigo do PLS nº 283 ainda prevê a inclusão do § 16 ao artigo 85 da LDC, que versa sobre a obrigatoriedade do infrator compromissário do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta que reconheça a sua participação na conduta anticoncorrencial, de se submeter a arbitragem quando as vítimas do cartel propuserem alguma demanda no juízo arbitral de matéria que verse sobre reparação de danos.

Desta forma, ampliam-se as possibilidades da vítima de cartel de serem ressarcidas dos prejuízos auferidos. Se por um lado, a legislação sobre arbitragem no Brasil dispõe que as partes interessadas poderão submeter a solução de seus litígios mediante convenção de arbitragem¹⁷⁹, o PLS nº 283 inova no sentido de estipular que o infrator compromissário do TCC deverá se submeter ao juízo arbitral se assim desejar a vítima que pleiteie a reparação de danos.

Desta forma, levando-se em consideração a reconhecida morosidade do Poder Judiciário, as vítimas do cartel possuirão mais uma forma de pleito de indenização que a depender do caso poderá ser mais bem decidida no juízo arbitral pela reconhecida especialidade dos árbitros e pela celeridade nas decisões.

Já o artigo 2º do PLS nº 283, põe fim à discussão acerca do termo inicial para o ajuizamento das ações de reparação de danos, tendo em vista que dispõe que não ocorrerá a prescrição durante o curso do inquérito ou processo investigativo no âmbito do CADE¹⁸⁰.

pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

¹⁷⁹ Art. 3º da Lei nº 9.307 de 1996: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁸⁰ Vide justificação do projeto de lei exposto no texto inicial: “A inclusão do art. 46-A à Lei n. 12.529/2011 visa encerrar a indefinição acerca do início do termo inicial da pretensão reparatória decorrente da infração à ordem econômica. Inspirado na norma do artigo 200 do Código Civil, o artigo

Inspirado no artigo 200¹⁸¹ do Código Civil, que dispõe sobre a suspensão da prescrição para o ajuizamento de ações quando estas se originarem de fatos apurados em juízo criminal, o legislador aplica o mesmo princípio no âmbito administrativo da autoridade antitruste e soluciona a lacuna da lei.

O mesmo artigo do projeto também esclarece que o prazo prescricional para o ajuizamento das ações de reparação de danos será de 5 (cinco) anos a partir da ciência inequívoca do ilícito. Por ciência inequívoca do ilícito, é definida como sendo a data de publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE.

A redação do projeto tende a criar maior segurança jurídica principalmente no sentido de que com essa mudança, os signatários de termos de compromissos e acordos de leniência possam ser demandados em juízo no mesmo prazo que os infratores que respondem solidariamente à condenação.

Por fim, o projeto de lei ainda confirma o quanto já disposto no Código de Processo Civil¹⁸² no sentido de que poderá ser utilizada a decisão do Plenário do CADE para a concessão de tutela de evidência.

Na justificção do projeto¹⁸³, o legislador explicita o intuito de reforçar as presunções de validade, veracidade e legitimidade das decisões do Plenário do

prevê que durante a vigência do inquérito ou processo administrativo do CADE para apuração da infração à ordem econômica não flui o prazo prescricional. O termo inicial do prazo prescricional, portanto, passa a ser a decisão que encerra o processo administrativo, resguardando-se ao prejudicado, portanto, a oportunidade de aguardar o encerramento do processo administrativo e uma decisão da autoridade antitruste para, enfim, exercer sua pretensão indenizatória.”

¹⁸¹ Lei nº 10.406 de 2002. Artigo 200: “ Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 18/12/2018

¹⁸² Código de Processo Civil - TÍTULO III - DA TUTELA DA EVIDÊNCIA. Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

¹⁸³ “Com o objetivo de imprimir maior celeridade às ações privadas e atribuir a elas grau de efetividade imediata capaz de gerar um efeito dissuasório ainda maior aos ilícitos concorrenciais, o projeto inseriu o parágrafo único à redação do artigo 93 da Lei n. 12.529/2011. A previsão reforça as presunções de validade, veracidade e legitimidade das decisões do Plenário do Tribunal do CADE, ao considera-la apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência nas ações privadas previstas no

Tribunal do CADE, conferindo maior robustez quando da sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Contudo, há de se notar que mesmo havendo a possibilidade de tutela de evidência pelas decisões do Plenário do CADE, o dano ainda deverá ser quantificado para que haja o ressarcimento.

Por fim, insta mencionar a atual fase do Projeto de Lei, cuja última movimentação¹⁸⁴, foi a de encaminhamento para discussão e aprovação na Câmara dos Deputados.

3.1.1 – A arbitragem e o instituto de reparação de danos concorrenciais

Conforme mencionado, o PLS nº 283 de 2016, prevê a inclusão do parágrafo 16 ao artigo 85 da LDC, que obriga o infrator compromissário do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta que reconheça a sua participação na conduta anticoncorrencial, de se submeter ao instituto da arbitragem quando assim as vítimas de danos anticoncorrenciais desejarem.

A arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), e de acordo com Carlos Alberto Carmona pode ser caracterizada como:

(...) meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada,

artigo 47 da lei. A concessão de tutela da evidência em ações fundamentadas em decisões do CADE visa inverter o ônus da morosidade do processo judicial, hoje imposto exclusivamente no prejudicado que busca a tutela de seus direitos no Judiciário. Permitindo a concessão de tutela da evidência até mesmo em caráter liminar em tais ações, busca-se estimular uma postura mais proativa dos agentes econômicos, tanto no sentido de dissuasão das infrações, quanto de realizarem a auto composição também nas ações privadas, e não apenas no âmbito administrativo, sendo consentâneo com os pressupostos de previsibilidade, efetividade e celeridade que tutelam o processo civil.” Justificação do PLS nº 283 de 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4751686&ts=1548956354382&disposition=inline> Acesso em: 19/12/2018.

¹⁸⁴ Última movimentação em 26/12/2018, de acordo com informações disponíveis no website do Senado Federal, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> Acesso em 02/01/2019

decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.”¹⁸⁵

O que se observa, pela possibilidade de grande especialização dos julgadores, é que os litígios que são levados a Tribunais Arbitrais geralmente são de grande relevância, envolvem grandes quantias pecuniárias e temas complexos, como por exemplo, temas relacionados à tecnologia e comércio internacional.¹⁸⁶

Nesse sentido, A OCDE acrescenta os seguintes benefícios da utilização da arbitragem quando comparado ao julgamento pelo Poder Judiciário: “(i) *Flexibility over choice of arbitrator and process*; (ii) *detachment from a particular legal order*; (iii) *speed of process*; (iv) *wide enforcement of decision*.”¹⁸⁷

Assim, conforme mencionados, os benefícios da utilização da arbitragem seriam a de (i) escolha de árbitros e o fato de ser possível uma flexibilidade na escolha da lei aplicável a os princípios gerais aplicados na resolução do caso; (ii) a possibilidade de desvinculação de uma ordem legal; (iii) a velocidade no julgamento do litígio; e (iv) a segurança da decisão arbitral que é reconhecida não só pela lei brasileira, mas também por convenções internacionais.

Contudo, se torna relevante pontuar os dizeres da OCDE que assevera que a arbitragem só é possível se for prevista na legislação concorrencial e não pode, em nenhum momento interferir na competência das autoridades concorrenciais de exercitarem seu poder de persecução, e ainda, que o árbitro somente poderia atuar

¹⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307 de 1996. 3ª. ed. São Paulo. Atlas, 2009, p. 31.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney, explicam que: “embora não haja nenhum impedimento a que litígios de pouca monta sejam objeto de arbitragem, é incontestável que em todo o mundo a arbitragem vem sendo utilizada sobretudo em relação a contratos de maior complexidade, tornando-se o modo habitual de dirimir conflitos relacionados a temas como comércio internacional, joint ventures, transferência de tecnologia etc. Não por acaso, em razão da complexidade e importância das questões mais comumente submetidas à arbitragem, é normal que os procedimentos arbitrais tenham como partes empresas de grande porte, com interesses que superam as fronteiras de um único país e com posição de destaque nas respectivas áreas de atuação. Essas empresas de grande porte, por seu turno, são exatamente aquelas cuja atuação é mais sensível no que diz respeito a outro ramo do direito que, nos últimos anos vem tendo importância crescente no Brasil: o Direito Antitruste ou Direito da Concorrência.” (Possibilidade de Aplicação de normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Arbitragem interna e internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.333-334)

¹⁸⁷ Em tradução livre: (I) Flexibilidade sobre a escolha do árbitro e processo; (ii) desvinculação de uma ordem legal; (iii) velocidade do processo; (iv) ampla aplicação da decisão”. OCDE, Hearings - Arbitration and Competition, DAF/COMP – 2010. p. 8 Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf> Acesso em: 18/12/2018

nos casos envolvendo a legislação civil, como por exemplo, no caso de reparação de danos decorrentes de alguma prática anticoncorrencial:

Arbitration is only possible if the competition law allows for it and an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law. The arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law. In practice this means ex post allocation of damages to one party as a result of another party violating competition law. There is a very limited role in the ex ante application of competition law, for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities (NCAs).¹⁸⁸

No Brasil, não há norma que vede a aplicação das normas do Direito Concorrencial no juízo arbitral. Ademais, é previsto no artigo 47 da LDC o direito de ação, que poderá ser transacionado entre as partes, cumprindo o quanto disposto no artigo 1º da Lei de Arbitragem.¹⁸⁹

Há de se mencionar, ainda, a arbitrabilidade, que pode ser definida como: “condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem.”¹⁹⁰ Ou seja, são os requisitos que devem ser cumpridos para que a disputa possa ser decidida no juízo arbitral.

A arbitrabilidade poderá ser dividida em subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito à capacidade jurídica das partes em levar o conflito à arbitragem, e firmarem o compromisso arbitral.¹⁹¹

¹⁸⁸ Em tradução livre: “A arbitragem só é possível se a lei de concorrência permitir e um árbitro não puder impedir que as autoridades de concorrência exerçam seus próprios poderes para fazer cumprir a lei de concorrência. O árbitro só pode intervir para determinar as conseqüências abrangentes da lei civil relevantes para a aplicação do direito da concorrência. Na prática, isso significa a alocação ex post de danos a uma parte como resultado de outra parte violar a lei da concorrência. Existe um papel muito limitado na aplicação ex ante do direito da concorrência, por exemplo em fusões e auxílios estatais, uma vez que estes domínios continuam a ser da competência exclusiva das autoridades nacionais de concorrência ” OCDE, Hearings - Arbitration and Competition, DAF/COMP – 2010. p. 11 Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf> Acesso em: 18/12/2018

¹⁸⁹ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...)

¹⁹⁰ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 91.

¹⁹¹ FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78

Já a segunda, retoma o quanto disposto na legislação com relação a se levar ao juízo arbitral conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis¹⁹². Por direitos patrimoniais Caio Mário da Silva Pereira¹⁹³ aduz que tais direitos seriam os que podem ser avaliados em um cenário econômico, ou seja, que fazem parte de uma relação jurídica que seja passível de mensuração pecuniária. Mesmo entendimento possui Selma Ferreira Lemes, que explica que: “direitos patrimoniais são aqueles que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender, etc.”¹⁹⁴

Por direitos disponíveis, Carlos Alberto Carmona entende que são direitos que poderão ou não ser exercidos livremente pelo seu detentor: “sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.”¹⁹⁵

Superada a discussão sobre os requisitos ditados pela Lei de Arbitragem, passa-se a avaliar a sua aplicação em matéria concorrencial, mais especificamente sobre a utilização da arbitragem para a reparação de danos decorrentes de cartel.

Conforme já tratado anteriormente, quanto aos requisitos de arbitrabilidade subjetiva, tem-se que as partes, desde que capazes de contratar, e no caso do presente estudo, o praticante do cartel e a respectiva vítima, via de regra cumprem o quanto disposto em lei.

Quanto à arbitrabilidade objetiva, também é verificado que em um caso de reparação de danos decorrentes da prática de cartel, os direitos postos à discussão são patrimoniais, pois podem ser mensuráveis economicamente e são disponíveis pois podem ser exercidos livremente pelos seus detentores.

Desta forma, conforme preceitua Bruno Bastos Becker, não vê óbice à possibilidade do referido litígio ser decidido pelo juízo arbitral, para verificação da

¹⁹² STEIN, Raquel. Arbitrabilidade no direito societário. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 108.

¹⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol1.

¹⁹⁴ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124.

¹⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 38.

necessidade do dever de indenizar ou ainda de tema relacionado à quantificação da indenização. Nesse sentido:

Imagine-se que, após a decisão do CADE reconhecendo a existência de cartel entre diversas empresas, um cliente de uma das empresas condenadas que firmou contrato de fornecimento com cláusula arbitral possa ingressar com procedimento arbitral para demandar os prejuízos decorrentes do aumento de preços derivados do cartel. Nesse caso, parece não haver oposições quanto à possibilidade de o juízo arbitral decidir sobre a eventual necessidade de indenização, nos termos do art. 47 da LDC. Em tendo ocorrido a proteção coletiva garantida pelo CADE (e pelo judiciário), não haveria óbice à disputa, em sede de arbitragem, para a verificação da incidência do dever de indenizar e da quantificação da indenização. Trata-se de direito disponível das partes.¹⁹⁶

Por mais que haja alguns entraves para a solução de conflitos concorrenciais no Brasil por meio da arbitragem, temos que ao menos na matéria de reparação de danos decorrentes da prática de cartel, a arbitragem se apresenta como um meio que pode ser eficaz nos julgamentos dessas lides.

3.2 - Criação de Varas Especializadas para julgamentos de lides concorrenciais

Mesmo que as ações de reparação de danos decorrentes de cartel devam ser ajuizadas perante a justiça estadual, de acordo com sua competência residual¹⁹⁷, se faz importante mencionar aspectos inovadores referentes à justiça federal, que é

¹⁹⁶ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e Arbitragem no direito brasileiro – hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, n.2, 2015. P. 239-270. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf> Acesso em: 18/12/2018.

¹⁹⁷ A competência residual da Justiça Estadual se explica pelo processamento e julgamento dos casos que não forem da competência das justiças especiais ou especializadas, e da Justiça Federal.

competente para julgar, entre outros casos, as situações que envolvem a discussão do mérito da decisão posta pelo CADE.¹⁹⁸

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Portaria PRES Nº 794, de 04 de setembro de 2017¹⁹⁹, que institui a criação de um grupo de trabalho para implantação de varas federais especializadas para o julgamento de matérias de cunho Concorrencial e Comércio Internacional.

Os principais objetivos da criação de varas especializadas são a diminuição de decisões distintas para casos análogos, incrementando assim a segurança jurídica, e a adoção de procedimentos e rotinas uniformes para todos os feitos atrelados a esses ramos especializados, acelerando assim a prestação da tutela jurisdicional.²⁰⁰

Tais matérias geralmente exigem conhecimento técnico muito específico do julgador, fato este que faz com que seja um dos primeiros motivos para que tais varas sejam criadas.

Ademais, para que se aperfeiçoe e seja atingido o objetivo proposto, seria prudente a criação de mais de uma vara especializada para que o número de juízes com conhecimento específico aumente, e que as ações sejam melhores distribuídas evitando assim a concentração de processos em trâmite nestas varas.²⁰¹

¹⁹⁸ Considerando a qualidade do CADE de autarquia, é competente a justiça federal para julgar casos em que o órgão é parte, conforme o disposto no artigo 109, inciso I da Constituição Federal: “Artigo 109 Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (...);

¹⁹⁹ Tribunal Regional Federal de 3ª Região. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=1&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=0&IdMateria=498706&NumeroProcesso=0> Acesso em 18/12/2018

²⁰⁰ Objetivos estes que a própria Portaria PRES Nº 794 prevê em seus “Considerandos”. Disponível em

<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=1&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=0&IdMateria=498706&NumeroProcesso=0>. Acesso em...18/12/2018

²⁰¹ CARVALHO, Vinicius Marques; JUNIOR, Walter Agra; TITO, Fabiana; DRAGO, Bruno de Luca. 24º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência - Painel 2: Ações de reparação civil no direito antitruste brasileiro: definindo fronteiras entre o combate a cartéis e o programa de leniência. 59 SLIDES. 2018. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/383/Slides%20-%20Painel%202%20-%20A%C3%A7%C3%B5es%20de%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20Civil.pdf> Acesso em: 18/12/2018

Além dessas considerações, é desejável que haja também câmaras especializadas no próprio Tribunal, para que também na segunda instância processual o conflito seja julgado por especialistas no tema.

Por fim, devido à complexidade relacionada ao tema das ações de reparação de danos decorrentes da prática do cartel apresentadas no presente estudo, extremamente relevante e eficaz seria a criação de varas especializadas também na justiça estadual.

3.3 - Acesso a documentos que comprovem a prática da infração anticoncorrencial e a Resolução nº 21 de 2018 do CADE

A Resolução nº 21 de 11 de setembro de 2018, em vigor desde a sua data de publicação, disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011 e regulamenta os procedimentos de acesso à documentos e informações constantes dos Processos Administrativos de imposição de sanções administrativas no âmbito do CADE.

Tal resolução, fruto do intuito do órgão de, entre outros aspectos, o de fomentar as Ações Cíveis de reparação por Danos Concorrenciais, trouxe inúmeras novidades sobre o acesso às provas produzidas resultantes de inquéritos e processos administrativos.

De início, em seu 1º artigo, dispõe que:

Art. 1º São públicos os documentos e informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, e sua divulgação ocorrerá na fase processual adequada, conforme artigos 8º a 11 desta Resolução.

Assegurando a publicidade dos documentos e informações referentes às atividades do CADE, se fez necessário também instituir as exceções a esta regra²⁰², pois pelo seu conteúdo sigiloso devem ter o acesso restrito, tais como nas hipóteses que a lei indica como sigilo bancário e informações referentes a segredos industriais.²⁰³

Nesse sentido, tais documentos e informações de acesso restrito poderão ser acessados por expressa determinação legal; por decisão judicial específica; por autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do CADE, desde que não haja prejuízo à investigação; ou por cooperação jurídica internacional, prevista nos artigos. 26 e 27 do CPC.²⁰⁴

²⁰² Art. 2º Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros: I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; e/ou II – os documentos e informações: a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011; b) que constituam segredo industrial (art. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527/2011); c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012); d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I e II do Decreto nº 7.724/2012); e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 91 a 94 e 219 do Regimento Interno do Cade; f) que tenham sigilo definido por decisão judicial; g) apresentados pelo proponente durante a negociação do Acordo de Leniência ou do TCC subsequentemente frustrada, enquanto não forem restituídos aos proponentes ou destruídos pelo CADE. § 1º É de ônus do interessado a fundamentação das razões e a indicação do dispositivo legal que embase o caráter restrito de outros documentos e informações além daqueles elencados neste artigo. § 2º A qualquer tempo os interessados poderão se manifestar nos autos para indicar a necessidade de manutenção do acesso restrito de documentos e informações nos termos dessa Resolução e/ou de legislação específica.

²⁰³ As outras hipóteses estão definidas no artigo 2º da Resolução nº 21 do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view> Acesso em: 18/12/2018

²⁰⁴ CPC, LEI nº 13105/2015, Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática. § 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira. § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. § 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica. Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - citação, intimação e notificação judicial e

Ademais, a resolução também dispõe que a Superintendência-Geral e o Tribunal do CADE assegurarão o tratamento sigiloso ou restrito na fase de negociação e celebração de Acordos de Leniência e TCC.

Se faz mister analisar a redação do artigo 12 da Resolução²⁰⁵, que faculta à Superintendência Geral do CADE e o Plenário do Tribunal utilizar-se de circunstância atenuante para fins de cálculo de contribuição pecuniária em fase de negociação do TCC ou no momento de aplicação de penas aos infratores, o fato de haver ressarcimento judicial ou extrajudicial devidamente comprovado.

Levanta-se aqui a hipótese do benefício que poderá ser auferido pelos infratores ou compromissários de TCC de se realizar acordos extrajudiciais com as vítimas dos danos para fins de atenuação da multa e/ou contribuição pecuniária a ser paga.

Tal artigo parece não ser tão eficiente na hipótese de os infratores após terem realizado o TCC ou serem condenados, forem condenados civilmente a ressarcirem os danos causados. Desta forma, o regramento só poderia beneficiar o infrator se as ações de reparação de danos forem ajuizadas em momento anterior ao TCC ou condenação ao pagamento de multa.

Por fim, é facultado ao Ministério Público que participar da elaboração de Acordos de Leniência, a ter acesso integral a documentos e informações dos infratores e utilizá-los para embasar propositura de procedimentos cíveis e criminais, observando as demais regras de confidencialidade da resolução. Tal medida parece também estimular o ajuizamento de ações de reparação de danos concorrenciais já que conforme já tratado anteriormente, o Ministério Público é legitimamente ativo para propositura de ação coletiva de reparação de danos concorrenciais.

extrajudicial;II - colheita de provas e obtenção de informações;III - homologação e cumprimento de decisão;IV - concessão de medida judicial de urgência;V - assistência jurídica internacional;VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm acesso em: 18/12/2018

²⁰⁵ Resolução nº 21 - Art. 12. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011.

CONCLUSÃO

O objetivo mais comum do cartel é o aumento de preços no mercado para que assim aufera mais lucros comparado com seus concorrentes, em prejuízo dos compradores de produtos e serviços e os demais agentes do mercado.

Mesmo que haja condições no mercado que podem favorecer a prática do cartel, o benefício individual da obtenção de maiores lucros e maior acúmulo de capital verificado pelo cartelista, sempre será um chamativo atraente aos agentes. Desta forma, a autoridade concorrencial deve, cada vez mais, planejar e executar políticas de desincentivo à prática do cartel, envolvendo principalmente o trabalho de base, nas searas educacional e laboral.

Visitas programadas às escolas, universidades e ambientes de trabalho, organização de eventos de cunho educacional e uma proximidade maior com os agentes que são mais suscetíveis à prática do cartel, como grandes empresários e executivos de empresas multinacionais, podem ser um meio eficaz para que se alcance, à longo prazo, uma redução gradativa do número de cartéis investigados e condenados.

Atrelado a isso, o grau de severidade das sanções aplicáveis também pode servir como um importante desestímulo à prática. A constante elaboração de iniciativas legislativas e propostas de consultas públicas sobre temas relevantes, podem também incrementar uma cultura de desestímulo à prática.

Contudo, um dos aspectos mais relevantes que devem ser constantemente fomentado e aprimorado, é a possibilidade da vítima do cartel de obter a devida reparação pelos danos sofridos. Neste ponto, deixam-se em segundo plano políticas e culturas de desincentivo, e passa-se a refletir sobre o direito que as vítimas têm de serem ressarcidas com uma justa quantia e em um prazo razoável.

No panorama atual, foi observado que não há condições favoráveis à vítima do cartel para que, ao ingressar em juízo pleiteando seus direitos indenizatórios, possua o mínimo de segurança jurídica e de certeza do ressarcimento. Tais medidas

são as minimamente esperadas de um Estado Democrático de Direito que defende a livre concorrência. Mesmo que ao tratarmos de cartel, haja alguns obstáculos referentes à complexidade da matéria, tornando todo o processo investigativo, procedimental e judicial mais suscetível a falhas, a melhora da eficácia na seara pública é sempre possível.

Contudo, há alguns temas de extrema relevância que podem ser discutidos e, de médio a longo prazo, servirem como propulsores para a disseminação e amplo uso do *private enforcement* pelas vítimas. Dois temas são essenciais para que se possa observar alguma mudança. O primeiro é sobre as alterações legislativas no sentido de pacificar entendimentos sobre o acesso às provas produzidas pelo CADE, termo inicial e prescrição das ações de reparação de danos decorrentes de cartel, a quantificação dos danos, e estipulação do quantum indenizatório à vítima.

Já o segundo tema, como mencionado, é o investimento, por parte da autoridade concorrencial, na cultura sobre o instituto de reparação de danos no Brasil. A cultura de litigância no Brasil foi construída principalmente na esfera trabalhista e em pequenas causas cíveis. Sendo assim, talvez falte conhecimento da população em geral sobre a possibilidade de se requerer indenização quando se é vítima de um cartel. Por isso a sugestão de maior divulgação de conhecimento e proximidade com os agentes.

Parece adequado que no Projeto nº 286 de 2016, seja prevista a indenização em dobro à vítima, pois isso tende a cumprir com os objetivos de dissuasão e ressarcimento de danos almejados pela autoridade concorrencial. Por outro lado, é ineficaz a estipulação de ressarcimento em dobro se a vítima não possui acesso ao conjunto probatório necessário ao convencimento do juízo.

Iniciativas legislativas no sentido de se permitir o acesso irrestrito, pelas vítimas, às provas que poderão servir como conjunto probatório de uma ação de reparação de danos podem ser discutidas e aprimoradas.

Apesar de toda a discussão envolvida no presente estudo, o referido projeto, que visa preencher algumas lacunas normativas e pacificar alguns entendimentos, em breve poderá se tornar lei vigente, o que representará um grande passo no

private enforcement brasileiro, principalmente no que tange ao incentivo da persecução privada no país.

Aspectos inovadores como, por exemplo, a criação de varas especializadas nos tribunais pode facilitar o julgamento de casos concorrenciais e conferir mais segurança e confiabilidade nas decisões judiciais. Evita-se, assim, o risco de conflitos de entendimentos entre a autoridade concorrential e o poder judiciário.

É essencial o constante desenvolvimento e aprimoramento do aparelho estatal, no caso o SBDC e poder judiciário, para que o *private enforcement* seja, no futuro, mais eficaz do que o *public enforcement*. Um indicativo da mudança do cenário atual é a previsão que também consta no mencionado projeto de lei, que inclui a obrigatoriedade da arbitragem para a solução de conflitos relacionados aos danos concorrenciais quando o cartelista for signatário de TCC.

Mesmo que a arbitragem seja uma esfera não muito acessível devido aos custos mais elevados, a celeridade do procedimento pode ser um ponto chave na escolha por este meio. A depender do caso, pelo fato do tempo de duração do procedimento arbitral ser menor que o judicial, principalmente pelo fato de poder lidar com juízes arbitrais mais especializados no tema, e considerando a inexistência de interposição de recursos, pode ser mais vantajoso e, ao final, menos custoso às partes.

Por fim, deve ser mantida a incansável postura ativa da autoridade concorrential no sentido de reprimir as práticas anticompetitivas, e, assim como observado nos últimos anos, e o fomento à persecução privada para que a perspectiva futura seja positiva não só às vítimas do cartel, mas também à sociedade como um todo, que passará sofrer menos os prejuízos decorrentes de tal prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, 5ª ed., 1980, Saraiva, p. 347.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Economização do direito concorrencial e positivismo jurídico: entre teoria da decisão e das provas. Tese de livre docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, vol. I, 6th ed., ABA Section of Antitrust Law, 2007.

_____, *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioners' Handbook*, ABA Section of Antitrust Law, 1998.

_____, *Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues*, 2nd ed., ABA Section of Antitrust Law, 2010.

ASCARELLI, Tullio. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro*, in *Ensaios e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 223.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT n. 36, 2000, p. 46-47.

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e concorrencial*. 7 edição. Ed Thomsom Reuters. Revista dos tribunais. 2017

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e Arbitragem no direito brasileiro – hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n.2, 2015. P. 239-270. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf. Acesso em: 18/12/2018.

BLAIR. ROGER, D., WANG WENCH. Buyer cartels and private enforcement of antitrust policy Roger D. Blair¹ | Wenche Wang², disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/mde.2857> Manage Decis. Econ. 2017. 38. 1185-1193)

BOSON, D. S. Sanções por Formação de Cartel no Brasil. [S.l.]: Universidade Católica de Brasília, 2012. p.60

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (Revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 18/12/2018

BUCHAIN, Luiz Carlos, O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial, Porto Alegre, Nova Prova Editora, 2006.

CADE - Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <
<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>> Acesso em: 18/12/2018

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 91.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307 de 1996. 3ª. ed. São Paulo. Atlas, 2009, p. 31.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Responsabilidade Civil Contratual: Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2002. p. 120.

COMANOR, Willian S.; SMILEY, Robert H. Monopoly and the distribution of wealth. Oxford University Press: the Quarterly Journal of Economics 89, 2 (1975), p. 177-194.

COMISSÃO EUROPEIA, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2008, disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>
Acesso em 18/12/2018.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati, Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CRANE, D. A. Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: a U.S. perspective. Cardoso Legal Studies Research Paper No. 231. [S.l.: s.n.], 2008. p.17

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública e suas condições da ação. 2000. 365 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000

FAGUNDES, Jorge. Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência -Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste, São Paulo, Singular, 2003, pp. 190-191.

FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO, “Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira” in Revista Brasileira de Defesa da Concorrência, n.2, Nov. 2013 pag. 11

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, São Paulo: RT, 2005

FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste: O combate aos cartéis. Saraiva. 2009. Pagina 164 -165

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

GÂNDARA, Livia, —Responsabilidade Civil Concorrencial: Elementos de Responsabilidade Civil e Análise Crítica dos Problemas Enfrentados pelos Tribunais BrasileirosII, in *Revista do IBRAC*, ano 19, vol. 21, 2012.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4th ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1994.

GUIMARÃES, Bernardo; GONÇALVES. Carlos Eduardo - Introdução à economia, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, pp. 12-13).

HOVEMKAMP, HOBERT. Federal Antitrust Policy – The Law of Competitions and its practice, 2nd edition, St. Paul – Minnesota, West Group, 1999, p.645

LAWRENCE A. SULLIVAN E WARREN S. GRIMES – The Law of antitrust : An Integrated Handbook, St. Paul – Minnessota, West Group, 2000.

LOPES, Tereza Ancona. Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. Revista de Defesa da Concorrência, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015. p. 117.

MAGGI, Bruno Oliveira, *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MONTI, Mario. Fighting Cartels: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? In: III NORDIC COMPETITION POLICY CONFERENCE. Stockholm, 11-12 set. 2000 Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm. Acesso em: 08/2018).

NUSDEO, Fabio - Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico, 2º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. Pag. 216 9º edição. 2015

PEIXOTO, Bruno Lanna; SILVA, Ludmilla Martins. Alterações Legislativas necessárias e o futuro das ações reparatorias por danos concnrrenciais. in DRAGO, Bruno de Luca. PEIXOTO, Bruno Lanna. A livre Concorrência e os tribunais

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, Paulo Leonardo Casagrande. Direito concorrencial. São Paulo. Saraiva, 2016. p. 107-108

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001.

PORTO, Giovana Vieira A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo business? PORTO, Giovana Vieira - REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Volume 5. P. 131-162. 2017. apud 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

REIS, Rudimar, Alcântara, Marcos Vinicius dos Reis: Licitações | Contratos Administrativos | Pregão Eletrônico e Presencial – leis complementares|. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2013, p.153.

REQUENA, Giuliana marchezi Franceschi Goncalves; BERNINI, Paula Muller Ribeiro. in DRAGO, Bruno de Luca. PEIXOTO, Bruno Lanna. A livre Concorrência e os tribunais brasileiros – análise crítica dos julgados no poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Ed. Singular. 2018. p.150

REZENDE, Gustavo Madi; KLEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 20, p. 399 – 413, jul. – dez. 2011.

SALIM , Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. Rev.Trib.Reg.Trab.3^a Reg., Belo Horizonte, v. 41, n. 71, p. 97-110, jan./jun. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto, —Apontamentos para Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéisll, in *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, —Cartel: Aspectos Concorrenciais e Penaisll in *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, *Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2014.

_____, *Direito Concorrencial – As Condutas*, 2^a ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo. Best seller. 2000. P. 118-119

SANTACRUZ, Ruy, *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In: MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando, —Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentesll, in POSSAS, Mario Luiz (coord.), *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*, São Paulo, Singular, 2002.

SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

SHIEBER, Benjamin, *Abusos de Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.

STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000.

TAUFICK, Roberto Domingos, *Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

TITO, Fabiana Ferreira de Mello. *Ensaio sobre danos de cartel: metodologias de cálculo do sobre-preço, efeito repasse (Pass-on) e multa ótima* / Fabiana Ferreira de Mello Tito. -- São Paulo, 2018. p. 21

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de economia*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira; MENDONÇA, Nayara; A competência do Poder Judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações stand alone) in A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros – Análise Crítica dos Julgados no poder Judiciário envolvendo matéria concorrential. DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno Lanna.. Ed. Singular. 2018. p.195