



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA PORTELLA DE ALMEIDA

**A RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA NA POLÍTICA
DE COMBATE AOS CARTÉIS**

BRASÍLIA
2015

FERNANDA PORTELLA DE ALMEIDA

**A RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA NA POLÍTICA
DE COMBATE AOS CARTÉIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharelado em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília -
UnB

Orientadora: Professora Doutora Ana de Oliveira
Frazão Vieira de Mello

Brasília
2015

FERNANDA PORTELLA DE ALMEIDA

**A RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA NA POLÍTICA
DE COMBATE AOS CARTÉIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão Vieira de Mello
Orientadora

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes
Membro da banca

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira
Membro da banca

Professor Doutor Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Membro suplente da banca

Brasília, 18 de novembro de 2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, por me darem as melhores oportunidades educacionais e condições para meus estudos. Obrigada pelo apoio incondicional à minha educação e pela infinita paciência que sempre tiveram comigo;

À Universidade de Brasília, que muito além de me proporcionar uma formação em Direito, expandiu meus horizontes e me tornou mais cidadã;

Agradeço à Professora Ana Oliveira Frazão Vieira de Mello por ter me orientado nesta monografia de forma tão solícita e paciente. Obrigada pela inspiração nas brilhantes aulas e discussões acadêmicas;

Aos Professores Othon de Azevedo Lopes, Paulo Burnier da Silveira e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes pela disponibilidade e pela honra de tê-los em minha banca;

Agradeço ao Pinheiro Neto Advogados, pela enriquecedora experiência profissional e por ter aguçado meu interesse no direito concorrencial;

Por fim, agradeço a todos/as aqueles/as que, com uma palavra amiga, me aconselharam durante minha graduação, almejando o meu sucesso.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a relação entre os âmbitos de responsabilização civil e administrativo na política de combate aos cartéis, abordando as principais discussões doutrinárias, sua aplicação no sistema brasileiro e no direito comparado, de forma a buscar soluções para a compatibilização entre essas duas esferas. Em que pese sejam autônomas e independentes entre si, a responsabilização civil e a administrativa se complementam e/ou se sobrepõem em diversos aspectos, sendo imprescindível, portanto, otimizar a coordenação entre essas duas esferas com o fito de melhorar a política antitruste. Assim, primeiramente, foram analisadas as principais limitações do regime de responsabilização civil no direito antitruste, quais sejam, a legitimação para ajuizar as ações de indenização privada e a *pass-on defence*; a assimetria de informação entre as partes; e a quantificação dos danos. Em seguida, foram discutidos três aspectos de grande importância no que tange à integração entre os regimes de responsabilização civil e administrativo: a independência entre as esferas; as funções desempenhadas por elas; e a influência das ações de indenização privada nos programas de leniência. Embora essa temática seja extremamente relevante para o direito concorrencial, são escassas as reflexões acerca desses problemas no contexto brasileiro, daí a necessidade de fomentar uma discussão doutrinária a fim de que Poder Judiciário e as autoridades de defesa da concorrência desenvolvam novas ideias e políticas visando ao equilíbrio ideal entre os dois âmbitos de responsabilização.

Palavras-chave: cartel; direito concorrencial; responsabilização civil; responsabilização administrativa; Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE); multa administrativa; indenização privada.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the relationship between the private and public enforcement in respect to the anti-cartel enforcement policy, addressing the main legal discussions and their application to the Brazilian legal system and in other jurisdictions, in order to find solutions to harmonize both spheres. Regardless of being autonomous and independent of each other, public and private enforcement overlap and/or complement each other in many aspects, being indispensable, therefore, to optimize their coordination in order to improve the antitrust policy. In this sense, initially, the main limitations to the private enforcement of antitrust law were reviewed, namely, the indirect purchasers' standing to sue and the passing on defense; the information asymmetries, and the quantification of damages. Subsequently, three aspects of great importance with regard to the integration between the public and private enforcement were raised: the independence between the spheres; the functions developed by them; and the effects of damage lawsuits in the leniency programs. Although this topic is extremely important for competition law, the debate regarding these problems is scarce in the Brazilian context. It is therefore necessary to foster legal discussions so that the Judiciary Branch and the competition authorities develop new ideas and policies aiming at the optimal balance between the public and private enforcement.

Key-words: cartel; competition law; private enforcement; public enforcement; Administrative Council for Economic Defense (CADE); administrative fine; private damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1: A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO DIREITO ANTITRUSTE	12
1.1. Artigo 47 da Lei n. 12.529/11 e o contexto brasileiro.....	14
1.2. Legitimidade e a <i>passing-on defence</i>	16
1.3. Assimetria de informações.....	23
a) Ônus da prova.....	24
b) Documentos obtidos em acordos de leniência.....	29
c) Demais documentos contidos nos autos do processo administrativo.....	34
1.4. Formas de compensação e quantificação dos danos.....	36
CAPÍTULO 2: RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA	40
2.1. Independência entre as esferas e as <i>follow-on</i> e <i>stand alone actions</i>	40
a) A prescrição.....	48
2.2. A relação entre as funções desempenhadas pelo <i>public</i> e pelo <i>private enforcement</i>	50
2.3. Os programas de leniência e a responsabilização civil.....	59
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

O cartel pode ser definido como um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação¹. Tal prática colusiva acarreta danos aos consumidores, além de prejudiciais efeitos sobre a eficiência econômica. No entanto, os danos advindos dessa conduta são bem mais amplos do que aparentam ser à primeira vista.

Em estudo conduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organisation for Economic Co-operation and Development* – “OECD”) em 2002², consignou-se que os cartéis, universalmente reconhecidos como a mais prejudicial das condutas anticompetitivas, causam gravíssimos danos aos consumidores pelo aumento de preços e redução de oferta. Nesse contexto, as colusões geram a ineficiência dos mercados, em que bens e serviços se tornam indisponíveis para alguns consumidores, enquanto outros são compelidos a pagar preços maiores. Além disso, o cartel, ao reduzir as pressões de mercados competitivos, limita os incentivos dos seus membros para controlar custos e inovar³. Ou seja, a prática de cartel acarreta não só o pagamento de preço acima do valor normal de mercado, como também a restrição ao desenvolvimento natural do mercado e a diminuição geral do bem-estar social.

Com efeito, no mencionado estudo, concluiu-se que 16 (dezesesseis) casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000 custaram mais de US\$ 55 (cinquenta e cinco) bilhões a consumidores do mundo inteiro. Em pesquisa desenvolvida por Connor (2014, p. 1), estimou-se que, em média, preços em mercados cartelizados estavam 23% (vinte e três por cento) acima do que estariam na ausência de um acordo entre concorrentes, sendo que a média de sobrepreço em cartéis internacionais seria 38% (trinta e oito por cento) superior do que em cartéis domésticos. Outro estudo⁴ constatou que, entre 1995 e 2005, sobrepreços por cartéis internacionais chegaram a aproximadamente US\$ 500 (quinhentos) bilhões.

Nesse sentido, tendo em vista os perniciosos efeitos advindos da prática do cartel, faz-se necessária e imprescindível a configuração de um sistema de penalidades aplicável aos infratores. No

¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009), 3ª ed., p. 6. Optou-se por utilizar essa definição de cartel, visto que, em muitos casos, não há aumento de preços em relação ao momento anterior ao cartel, mas sim uma redução de preços, porém mais lenta do que ocorreria na ausência da conduta anticoncorrencial.

² OECD. “REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS”. DAFFE/COMP(2002)7. April 9 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

³ Vale deixar registrado o entendimento contrário de Joseph Schumpeter no sentido de que grandes empresas e monopolistas tendem a ser mais inovadores do que empresas em mercados competitivos. Isso porque, de acordo com este autor, as grandes empresas são mais qualificadas para financiar projetos de pesquisa e desenvolvimento. Além disso, empresas com uma posição consolidada no mercado estão mais dispostas a financiar tais projetos, visto que seus concorrentes, cuja infraestrutura e renome são geralmente muito limitados, dificilmente logariam êxito em reproduzir seus modernos processos produtivos (BAKER, 2007, p. 578).

⁴ CONNOR, John M. e HELMERS, C. Gustav, Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005 (January 10, 2007). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=944039>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

Brasil, a prática de um cartel pode ensejar efeitos nas três esferas de responsabilização: penal⁵, civil e administrativa.

No que se refere à seara administrativa, quem exerce a função punitiva é o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”), com respaldo na Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011, a Lei de Defesa da Concorrência. Esta norma jurídica prevê sanções tanto na forma de obrigações de fazer, quanto na forma de multa pecuniária⁶. A multa aplicada no âmbito administrativo, alvo de muitas discussões doutrinárias, deve ser calculada em um patamar que torne a prática da conduta financeiramente desinteressante para o infrator. Todavia, embora haja consenso quanto à função dissuasória e punitiva que a multa deve desempenhar, há grande polêmica sobre os parâmetros para aferir o patamar ideal da multa administrativa. Assim, os órgãos de defesa da concorrência adotam os mais variados critérios para quantificá-la.

Por sua vez, considerando que as penalidades pecuniárias não são revertidas, diretamente, às vítimas prejudicadas pela infração⁷, a responsabilização no âmbito civil, por meio das ações de indenização privada, surgem como uma alternativa para que haja a efetiva reparação dos danos. No Brasil, a responsabilização civil daqueles que incorrem em infrações anticoncorrenciais, além de previsão genérica insculpida no Código Civil de 2002⁸, possui disciplina específica em dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência, abaixo colacionado:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação⁹.

⁵ Além de infração administrativa, a prática de cartel também configura crime no Brasil, punível com multa ou prisão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos em regime de reclusão, nos termos da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Destaca-se, desde já, que a esfera penal não será alvo de discussões e aprofundamentos no presente trabalho.

⁶ Com efeito, além da sanção pecuniária prevista no artigo 37 da Lei n. 12.529/11, a prática de infração da ordem econômica também sujeita os responsáveis às seguintes penas, conforme disciplina o artigo 38: (i) publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; (ii) a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; (iii) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; (v) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; (vi) a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; (vii) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e (viii) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

⁷ Nos termos do artigo 28, § 3º da Lei n. 12.529/11, as multas aplicadas pelo CADE em decorrência da condenação por uma infração anticoncorrencial destinam-se ao Fundo de Defesa de Interesses Difusos.

⁸ A regra geral instituída pelo artigo 927 do Código Civil dispõe que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. A disciplina da responsabilização civil se desenvolve com base neste dispositivo.

⁹ Em que pese o mencionado dispositivo possibilite o ajuizamento de ações civis públicas na defesa de interesses individuais homogêneos, o trabalho terá como foco principal as ações de indenização privada, sem deixar, contudo, de tecer comentários sobre as ações civis públicas quando for relevante.

Dessa forma, os agentes privados também exerceriam um papel fundamental na política de combate aos cartéis. Ocorre que, embora de aparente simplicidade, esse instituto apresenta diversas dificuldades no que tange à sua aplicação prática. De fato, problemas como a legitimação para ingressar com as ações de indenização privada, o ônus de comprovar os prejuízos sofridos e a quantificação dos danos limitam significativamente a efetividade deste instituto no Brasil e em outras jurisdições.

Dentro desse contexto, é importante salientar que a responsabilização civil, apesar de ser autônoma e independente em relação ao âmbito administrativo¹⁰, não pode ser tratada como um instituto isolado, visto que constitui parte essencial de um sistema amplo de combate aos cartéis. Assim, deve-se proceder a uma análise sistêmica da interação entre as esferas civil e administrativa, de forma a otimizar a coordenação entre esses dois âmbitos de responsabilização com o fito de melhorar a política antitruste. Por certo, a responsabilização civil e a administrativa se complementam e/ou se sobrepõem em diversos aspectos.

O objetivo do presente trabalho é analisar o diálogo travado entre esses dois campos de responsabilização, abordando as principais discussões doutrinárias neste campo, sua aplicação no sistema brasileiro e no direito comparado, de forma a buscar soluções para a compatibilização entre essas duas esferas.

Para este fim, o trabalho será dividido em duas partes. Primeiramente, será analisado o regime da responsabilização civil no direito antitruste brasileiro, abordando a sua fundamentação específica na Lei de Defesa da Concorrência. Serão identificadas as principais limitações deste instituto¹¹ - tais como a legitimação para ajuizar as ações de indenização privada e a *pass-on defence*, o ônus da prova e a quantificação do dano -, examinando os principais debates no contexto brasileiro, bem como no âmbito dos Estados Unidos e da Comissão Europeia¹².

Tendo por base o subsídio teórico do capítulo anterior, o último tópico deste estudo tratará especificamente da relação travada entre os âmbitos civil e administrativo, buscando examinar a melhor forma de compatibilizar essas duas esferas. Assim, serão discutidos três aspectos de grande importância no que tange à integração entre essas duas searas: (i) a independência entre as esferas; (ii) as funções desempenhadas pela responsabilização civil e administrativa; e (iii) a influência das ações de indenização privada nos programas de leniência. Da mesma forma, quando pertinente, tais

¹⁰ Nos termos do artigo 47 da Lei n. 12.529/11, o ajuizamento de uma ação de indenização privada independe da existência de inquérito ou processo administrativo acerca da matéria.

¹¹ O foco do presente estudo não é esgotar as discussões doutrinárias que envolvem o instituto da responsabilização civil no direito antitruste, mas apenas identificar alguns pontos problemáticos acerca dessa matéria a fim de fornecer base teórica para o capítulo seguinte, sobre a relação entre as esferas civil e administrativa.

¹² A limitação a essas duas jurisdições foi feita em função da valiosa literatura disponível sobre o tema.

aspectos serão estudados sob a perspectiva tanto do direito brasileiro, quanto do direito norte-americano e da Comissão Europeia.

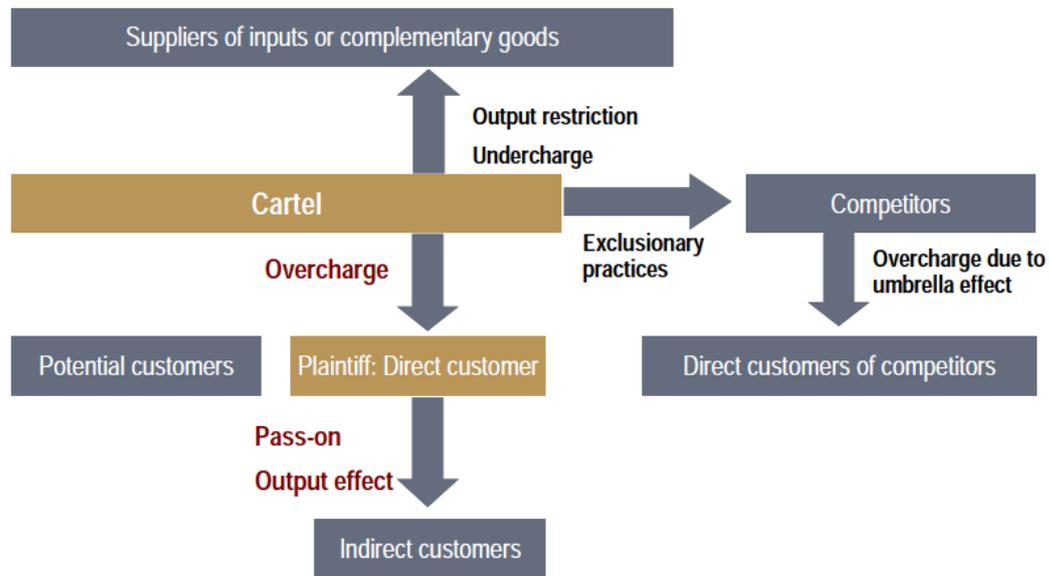
CAPÍTULO 1: A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO DIREITO ANTITRUSTE

Conforme delineado no capítulo introdutório, a prática de cartéis pode ensejar prejuízos aos mais diversos agentes econômicos do mercado cartelizado. Com efeito, conforme leciona Connor (2000, p. 60-61), é possível distinguir 5 (cinco) grupos potencialmente expostos aos prejuízos econômicos decorrentes da prática cartelizadora, quais sejam: (i) compradores diretos ou consumidores finais, que pagam o sobrepreço imposto pelo cartel em seus insumos ou produtos finais; (ii) consumidores que adquirem os bens e/ou os serviços de outras empresas, as quais, embora não envolvidas na prática colusiva, também cobram preços abusivos como resposta natural às condições do mercado; (iii) compradores indiretos, que pagam um preço superior pelos produtos que contém o insumo cartelizado (caso o sobrepreço seja a eles repassado); (iv) aqueles que comprariam o produto cartelizado pelo preço competitivo, mas que, em decorrência do acordo anticoncorrencial, deixaram de adquirir tais bens; e (v) fornecedores das empresas infratoras, os quais vendem menos em razão da retração na produção¹³.

Além desses agentes econômicos elencados por Connor, as práticas colusivas também podem afetar potenciais concorrentes que não participam do cartel, tanto aqueles do mesmo mercado relevante, quanto aqueles de mercados relevantes conexos. Todavia, vale notar que, quanto a esses indivíduos, os efeitos nem sempre serão negativos. Isso porque tais concorrentes podem se beneficiar da fixação de preços superiores pelos membros do cartel, o chamado efeito guarda-chuva (FRIEDERISZICK e ROLLER, 2010, p. 9). A imagem abaixo ilustra com clareza as partes que podem incorrer em prejuízos em decorrência da prática de cartel:

¹³ É evidente que os efeitos negativos advindos da prática colusiva são mais amplos, e podem afetar a sociedade como um todo, não apenas os agentes econômicos aqui definidos. De qualquer forma, para efeitos do estudo da responsabilização civil privada, far-se-á essa delimitação.

Figura 1



Fonte: FRIEDERISZICK e ROLLER, 2010, p. 9

De fato, aqueles que participam do mercado a jusante – ou seja, aqueles localizados na fase intermediária de produção do bem – e adquirem os produtos diretamente dos agentes envolvidos na prática colusiva podem incorrer em graves perdas. Com relação a esses agentes, os prejuízos incorridos serão avaliados na proporção em que o sobrepreço for repassado aos seus compradores. Isto é, se o sobrepreço for transferido aos compradores do próximo nível da cadeia, estes incorrerão em prejuízos equivalentes à parte do aumento que lhes foi repassada.

Segundo aponta Friederiszick e Roller (2010, p. 9), pelo enfoque do comprador direto, há 3 (três) efeitos principais decorrentes da infração: (i) sobrepreço incidente nos bens cartelizados; (ii) o efeito *pass on* (ou seja, a fração do sobrepreço que é repassada aos compradores indiretos); e (iii) o efeito sobre a produção, que seria a perda de negócios resultante do repasse do sobrepreço ao nível seguinte da cadeia produtiva.

Ademais, no já mencionado estudo conduzido pela OECD em 2002¹⁴, constatou-se que os cartéis que logram êxito em reduzir a produção e aumentar os preços acima do nível competitivo fazem com que os consumidores, coletivamente, comprem menos dos produtos cartelizados e paguem mais pela quantidade que adquirem. Assim, há também essa perda resultante da decisão coletiva dos consumidores de comprar menos do produto no preço cartelizado.

¹⁴ OECD. "REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS". DAFFE/COMP(2002)7. April 9 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

Por fim, com relação aos fornecedores a montante, Friederiszick e Roller (2010, p. 9) destacam que o cartel, ao exercer poder de compra, pode compelir a fixação de preços inferiores nos insumos desse mercado, resultando em efeitos negativos àqueles agentes econômicos. Dependendo das condições específicas mercadológicas, a redução no preço dos insumos pode ser impulsionada pelo cartel por meio da retração na produção, afetando tanto fornecedores atuais quanto potenciais.

Ocorre que, embora significativas perdas possam ser sentidas individualmente por todos esses agentes, no âmbito administrativo, a multa imposta pelo CADE não é a eles diretamente revertida. Dessa forma, é imprescindível a instituição de um regime de responsabilização civil no domínio antitruste a fim de que essas vítimas possam ser efetivamente reparadas por todos os danos incorridos.

1.1. Artigo 47 da Lei n. 12.529/11

Em face dos prejuízos incorridos pelos diversos agentes econômicos, a Lei de Defesa da Concorrência traz a previsão, em seu artigo 47¹⁵, que tais agentes poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos. Além disso, o dispositivo expressamente dispensa a necessidade de haver inquérito ou processo administrativo em curso ou finalizado.

Na realidade, a possibilidade de demandar indenização privada no âmbito civil não precisava estar disposta de forma específica na Lei de Defesa da Concorrência, uma vez que o Código Civil já previa genericamente essa hipótese em seu artigo 927, no qual estabelece que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”¹⁶.

Em uma interpretação conjunta dos dois diplomas legais, é possível extrair que aqueles prejudicados pela prática de cartel podem ingressar em juízo requerendo a indenização por perdas e danos, desde que comprovem a existência dos seguintes requisitos: (i) ação ou omissão; (ii) dano; (iii) nexo causal; e (iv) culpa ou dolo.

Muito embora não se pretenda examinar cada um dos requisitos necessários para a responsabilização civil no âmbito antitruste, vale enfatizar que há uma discussão doutrinária acerca

¹⁵ Destaca-se que a antiga Lei de Defesa da Concorrência, a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, já trazia previsão idêntica em seu artigo 29.

¹⁶ Vale deixar registrado, todavia, o entendimento diverso de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 21) no sentido de que o dispositivo específico da Lei de Defesa da Concorrência não deve ser reduzido, pura e simplesmente, à prescrição de reparação de dano já existente no Código Civil, mas refere-se a um regime jurídico próprio. Para este autor, o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos não deve ser vista como uma mera compensação pecuniária, mas como uma forma de tornar o prejudicado indene frente ao abuso do poder econômico no mercado.

do requisito de culpa ou dolo. Alguns autores entendem que, na hipótese de infração antitruste, a responsabilidade seria objetiva, visto que o artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência¹⁷ expressamente dispensa a necessidade de culpa para a ocorrência de um ilícito anticoncorrencial (GÂNDARA, 2011a, p. 16). Com essa orientação, a exigência prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil¹⁸ – de que, para a configuração da responsabilidade civil objetiva, haja lei específica dispensando o requisito de culpa ou dolo – estaria cumprida pelo caput do artigo 36 da Lei n. 12.529/11.

No entanto, tal entendimento aparenta ser bastante controverso, uma vez que o dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência que dispensa o requisito de culpa para a constituição de infração à ordem econômica trata especificamente da responsabilização no âmbito administrativo, e não no âmbito civil (GÂNDARA, 2011a, p. 16).

O fato é que, independentemente da exigência de culpa ou dolo, na grande maioria dos casos, o regime da responsabilização civil no direito antitruste pode se mostrar excessivamente oneroso às vítimas, desestimulando o ingresso dessas ações e, conseqüentemente, inviabilizando a efetiva reparação pelos danos causados. No Brasil, em que pese haja expressa permissão legal, o ingresso de ações de indenização privada por infrações antitruste é, ainda, bastante incipiente (GÂNDARA, 2011a, p. 11).

Dentro desse contexto, Connor (2010, p. 6), ao analisar o instituto da responsabilização civil em 5 (cinco) países latino-americanos¹⁹, observa que as demandas por indenização privada enfrentam tantas dificuldades que o exercício desses direitos é, em grande parte, apenas teórico. Para este autor, as principais barreiras são: falta de tradições legais; falta de mecanismos para agregar um grande número de pequenas demandas e de algo semelhante a um *pre-trial discovery*²⁰.

Além das dificuldades apontadas acima, nota-se que especialmente 3 (três) problemáticas limitam a efetividade deste instituto no Brasil e em outras jurisdições, quais sejam: (i) a legitimidade ativa e a *passing-on defence*; (ii) a assimetria de informações entre as partes; e (iii) as formas de compensação e a quantificação dos danos. Nos subtópicos a seguir serão analisadas as discussões doutrinárias a respeito destes temas, bem como algumas respostas dadas pela experiência brasileira, norte-americana e europeia.

¹⁷ “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 (...)”

¹⁸ “Art. 927. (...) Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, 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.”

¹⁹ Os países analisados por Connor foram: Argentina, Brasil, Chile, México e Peru.

²⁰ Tal procedimento será examinado no subtópico 1.3.

1.2. Legitimidade e a *passing-on defence*

Conforme já delineado no início do capítulo, se o cartel ocorrer em qualquer nível da cadeia produtiva que não seja o último, os danos causados pelo sobrepreço podem ser sentidos tanto pelos compradores diretos, quanto pelos compradores indiretos. Com efeito, a extensão do prejuízo incorrido por cada um desses agentes econômicos vai depender da proporção em que o sobrepreço do cartel é repassado ao nível seguinte da cadeia produtiva. Esse repasse do sobrepreço para o nível seguinte de produção é denominado de *passing on* na doutrina estrangeira.

Conforme Hovenkamp (2011, p. 6/7) indicou, na maioria dos cartéis, o bem cartelizado é apenas um dos componentes do produto final, sendo que o efeito da colusão pode ser repassado para a cadeia seguinte de distribuição das mais diversas maneiras. De acordo com este autor, nessas circunstâncias, é provável que a maior parte do sobrepreço seja repassada, de modo que apenas uma pequena parcela seja retida por cada intermediário da cadeia produtiva. Em outras palavras, em regra geral, os intermediários absorvem uma parcela relativamente pequena do sobrepreço, enquanto que a maior parte recai sobre os consumidores finais. Todavia, conforme ressaltado pelo autor, em condições específicas de mercado, o repasse pode ser improvável, quando não, impossível. Temos, portanto, que os problemas do *passing on*, além de extremamente complexos, são específicos para cada situação: em alguns casos, todo sobrepreço é repassado; em outros, nada é.

Dentro desse contexto, impõe-se uma série de dificuldades para a efetiva responsabilização civil dos infratores: quem são os legitimados para ingressar com ações judiciais requerendo a reparação pelos danos incorridos? Apenas os compradores diretos ou os compradores indiretos também possuem legitimidade, muito embora não tenham tido relações comerciais diretas com o infrator? Os participantes do cartel podem invocar a *passing on defence*, ou seja, impugnar o pedido de reparação civil dos compradores diretos em razão da ocorrência de eventual repasse do sobrepreço à cadeia seguinte do mercado? Esses problemas não apresentam uma única resposta e são encarados das mais diversas formas pelas jurisdições estrangeiras.

No que se refere aos Estados Unidos, nota-se que este país adota uma postura muito característica acerca dessa matéria. No caso *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp*²¹, em 1968, a Suprema Corte assinalou que o réu não poderia impugnar, com base na ocorrência de eventual repasse do sobrepreço à cadeia seguinte de distribuição, o pedido de reparação formulado pelo autor (BAKER, 2004, p. 392). Com essa mesma orientação, em 1977, no caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*²²,

²¹ 392, U.S. 481 (1968).

²² 431, U.S. 720 (1977).

essa Corte interpretou a Seção 4 do *Clayton Act*²³ no sentido de que apenas os compradores diretos teriam legitimidade para ingressar com ações buscando a compensação pelos danos sofridos. Isto é, os compradores diretos seriam partes legítimas para requerer, a título de indenização, a totalidade do sobrepreço do produto cartelizado, sem qualquer redução da parte que foi repassada ao nível seguinte de mercado.

Esses julgados decorreram do entendimento de que a tarefa de comprovar a extensão do repasse ao nível seguinte da cadeia de distribuição exigiria uma complexa análise de mercado, mostrando-se quase sempre intransponível. Além disso, em razão da dispersão natural dos compradores indiretos, suas demandas privadas por reparação tenderiam a ser relativamente pequenas, sendo que raramente teriam incentivos econômicos para ingressar com uma ação judicial (BOONE E MÜLLER, 2008, P. 6). De acordo com Baker (2004, p. 391-394), as preocupações centrais daquela Corte eram não desestimular o ajuizamento de demandas judiciais pelos compradores diretos e impedir a ocorrência de uma dupla compensação, ou seja, a fixação de uma indenização a ser destinada tanto aos compradores diretos quanto aos indiretos. Nota-se, portanto, que a Suprema Corte norte-americana não se importou com o fato de que algumas vítimas não seriam compensadas, enquanto outras enriqueceriam ilicitamente²⁴.

Vale destacar, contudo, que a posição da Suprema Corte não foi bem recebida por diversos Estados norte-americanos. Conforme Boone e Müller (2008, p. 7) abordaram, os dois julgados paradigmáticos elencados acima resultavam em vários problemas. Com efeito, possibilitou-se que compradores diretos requeressem indenização com base na totalidade do sobrepreço, mesmo que tivessem repassado parte ou mesmo a totalidade desse sobrepreço aos compradores indiretos, o que manifestava evidente enriquecimento ilícito. Além disso, outros agentes, além dos compradores diretos, que incorressem em danos, não teriam o direito de ingressar no âmbito judiciário em busca de reparação.

Dessa forma, diversos Estados norte-americanos partiram da ideia de que, considerando que a Suprema Corte estava inviabilizando o ingresso das ações privadas pelos compradores indiretos com base em uma interpretação específica do *Clayton Act*, eles proporcionariam uma solução para este impasse por meio de leis estaduais que reconhecessem expressamente a legitimidade aos compradores indiretos (BAKER, 2004, p. 392). Segundo observado por Hovenkamp (2011, p. 8), a

²³ Nos termos da Seção 4 do *Clayton Act*, qualquer indivíduo que tenha seus negócios ou a sua propriedade prejudicados em razão de um ilícito antitruste poderá requerer a reparação civil nos tribunais locais. Esse ato normativo também prevê que (i) os litigantes tem o direito de serem julgados por um corpo de jurados; (ii) qualquer indenização fixada seja automaticamente triplicada pelo tribunal; e que (iii) a parte vencedora, caso seja a vítima do ilícito antitruste, tenha direito, além da indenização triplicada, aos honorários advocatícios.

²⁴ Como será analisado ainda neste trabalho, além da reparação, um dos principais propósitos das indenizações nos Estados Unidos é a punição e dissuasão dos infratores. Isso se deve ao contexto histórico de combate aos cartéis naquele país, em que, a princípio, não havia um órgão de defesa da concorrência sólido capaz de exercer eficazmente esse papel dissuasório e punitivo.

Suprema Corte norte-americana passou a reconhecer a validade dessas leis estaduais a partir do caso *California v. ARC America Corp.*²⁵, em 1989.

Dentro desse contexto, atualmente, a grande maioria dos Estados norte-americanos reconhecem que os compradores indiretos são partes legítimas para requerer a reparação civil (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 461/462). Vigora, portanto, um regime de responsabilização civil em que as demandas dos compradores diretos são processadas principalmente em tribunais federais e as demandas dos compradores indiretos, em tribunais estaduais, nos termos de legislação estadual específica (HOVENKAMP, 2011, p. 9)²⁶.

No âmbito da União Europeia, verifica-se que no Livro Branco sobre ações de indenização por descumprimento das regras da Comissão Europeia no âmbito antitruste (“Livro Branco”)²⁷, elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias, confirmou-se o posicionamento já adotado pela Corte de Justiça Europeia²⁸, ao definir que qualquer indivíduo (inclusive compradores indiretos) que incorrer em prejuízos advindos de uma infração antitruste é parte legítima para ingressar com ações de indenização nos tribunais locais (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 5). Nesse sentido, ao analisar a possibilidade de arguição da *passing on defence* pelo infrator, a Comissão das Comunidades Europeias (2008, p. 8-9) indica que a inadmissão dessa defesa poderia resultar em enriquecimento ilícito por parte daqueles compradores que repassaram o sobrepreço à cadeia seguinte. Assim, essa linha de defesa deveria ser aceita, desde que devidamente comprovada por quem a invoque.

Além disso, em vista das grandes dificuldades em comprovar a ocorrência e a extensão do repasse ao longo da cadeia de distribuição, sugere-se a mitigação do ônus da prova em favor dos compradores indiretos quando estes invocarem que o sobrepreço decorrente do cartel lhes tenha sido repassado (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 8/9). Com essa orientação, os compradores indiretos fundamentariam suas demandas na presunção relativa de que o sobrepreço ilegal foi repassado a eles na totalidade.

²⁵ 490, U.S. 93 (1989).

²⁶ Conforme assinala Hovenkamp (2011, p. 8/9), esse regime de responsabilização civil cria uma situação complexa e irracional, na qual há uma grande probabilidade de que os infratores sejam condenados a arcar com indenizações excessivamente onerosas. Nesse sentido, sugere o autor que as demandas dos compradores diretos e indiretos sejam consolidadas em um único procedimento, conduzido no mesmo foro, de forma a possibilitar um maior controle sobre o instituto.

²⁷ Tradução livre de *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Esse estudo foi elaborado com o propósito de aperfeiçoar as condições para que haja uma efetiva reparação dos danos causados por infrações anticoncorrenciais. Na verdade, em 2005, a Comissão das Comunidades Europeias já havia elaborado um estudo nesse mesmo sentido, o Livro Verde sobre ações de indenização por descumprimento das regras da Comissão Europeia no âmbito antitruste (“Livro Verde”) - tradução livre de *Green Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules*.

²⁸ Em estudo realizado por Philip Collins (2007, p. 17), assinalou-se que, com base no direito vigente na Comissão Europeia, seria inapropriado negar aos compradores diretos e indiretos o direito de ajuizar uma demanda reparatória decorrente de violação na legislação antitruste. Com efeito, complementa o autor que o Tribunal de Justiça da União Europeia confirmou essa posição no caso *Courage v. Crehan*, ao reconhecer que qualquer indivíduo pode invocar o descumprimento de regras antitruste perante um tribunal, desde que haja um nexo de causalidade entre os danos e o acordo ou prática colusiva.

Vale notar que o Parlamento Europeu votou, em 17 de abril de 2014, as Diretrizes 2014/104/EU (“Diretrizes da União Europeia”) acerca das ações de indenização privada oriundas de ilícitos antitruste²⁹. Neste documento, consignou-se, mais uma vez, que a reparação civil pode ser requerida por qualquer prejudicado, independentemente de sua localização na cadeia produtiva e que o responsável pela infração anticoncorrencial pode invocar a *passing on defence*, desde que devidamente fundamentada³⁰.

Ademais, as Diretrizes, seguindo a orientação do Livro Branco, estabeleceram que haverá uma presunção relativa de que ocorreu o repasse do sobrepreço aos compradores indiretos desde que estes demonstrem três requisitos: (i) a efetiva ocorrência da infração anticoncorrencial; (ii) a existência de um sobrepreço decorrente do ilícito; e (iii) a aquisição de bens e/ou serviços objeto da infração antitruste, ou a aquisição de bens e/ou serviços derivados daqueles³¹.

Verifica-se, portanto, que à luz do direito vigente na Comissão Europeia, qualquer indivíduo que se sinta prejudicado por uma conduta anticoncorrencial – seja comprador direto, seja comprador indireto – possui legitimidade para ajuizar uma ação de indenização privada buscando a recomposição dos danos.

Embora a Comissão Europeia e diversos Estados norte-americanos reconheçam, em tese, a legitimidade dos compradores indiretos e a possibilidade de invocar a *passing on defence*, até o estudo de Boone e Müller (2008, p. 10), não havia o relato de quaisquer decisões em que um Tribunal tenha calculado ou estimado a totalidade do sobrepreço repassado ao comprador intermediário. Mesmo na Comissão Europeia, a *passing on defence* é vista com considerável ceticismo, uma vez que não parece ser viável elaborar um modelo que identifique, com precisão e a um custo razoável, os danos sofridos pelos agentes em diferentes níveis da cadeia produtiva (BOONE e MÜLLER, 2008, p. 8).

É importante reconhecer que, apesar de os posicionamentos adotados pela Suprema Corte norte-americana - no sentido de não conferir legitimidade aos compradores indiretos e de não acolher a *passing on defence* - mostrarem-se insensatos à primeira vista, eles são coerentes com o contexto histórico em que surgiu a responsabilização civil no direito antitruste norte-americano. Isto é, em uma conjuntura na qual o âmbito civil deveria exercer primordialmente as funções de dissuasão e punição, era fundamental afastar quaisquer obstáculos que inviabilizassem as demandas na esfera privada.

Realmente, entende-se, via de regra, que os compradores indiretos tendem a ser litigantes menos eficientes do que compradores diretos. Isso porque, conforme assinala Cengiz (2010, p. 44),

²⁹ As Diretrizes da União Europeia, originárias de uma proposta apresentada pela Comissão Europeia em 11 de junho de 2013, foram publicadas no Jornal Oficial em 5 de dezembro de 2014 com o propósito de facilitar a compensação privada das vítimas de infrações anticoncorrenciais. Vale notar que os Estados-membros da União Europeia deverão implementá-la até 27 de dezembro de 2016.

³⁰ Tais disposições encontram-se no Capítulo IV, artigos 12 e 13 das referidas Diretrizes.

³¹ Tal disposição encontra-se no Capítulo IV, artigo 14 das referidas Diretrizes.

embora a prática colusiva acarrete significativos danos ao bem-estar do consumidor em geral, os consumidores individuais sofrem uma parcela relativamente pequena destes prejuízos. Ou seja, em que pese os prejuízos advindos da prática sejam indubitavelmente excessivos, esse dano é diluído por toda a cadeia de produção, de forma que cada um dos agentes efetivamente prejudicados só responde por uma parcela ínfima desse prejuízo total. Dessa forma, não haveria incentivos econômicos suficientes para estimular o ingresso de ações de indenização privada.

Além disso, Cengiz (2010, p. 44) afirma que, comparados aos compradores diretos, os compradores indiretos possuem limitados recursos financeiros para arcar com os custos do processo judicial, principalmente considerando que tais custos não são baixos, tendo em vista que o reconhecimento da legitimidade dos compradores indiretos requer uma análise de fatos econômicos complexos, notadamente decisões de preço e elasticidade do preço da demanda. Por fim, como os compradores diretos estão mais próximos da empresa que se envolveu no ilícito antitruste, eles se beneficiariam de informações privilegiadas, e, portanto, teriam maior facilidade em apresentar evidências econômicas acerca da conduta antitruste perante os tribunais (CENGIZ, 2010, p. 44).

Cengiz (2010, p. 44) conclui que os compradores indiretos fazem parte de um grupo difuso com fracos incentivos para ingressar na justiça, sendo questionável se as ações eventualmente ajuizadas seriam capazes de impor um débito suficientemente oneroso para desencorajar o comportamento anticompetitivo.

É inquestionável que as preocupações acerca da eficiência das ações de indenização privada ajuizadas pelos compradores indiretos são pertinentes. No entanto, as premissas nas quais essas preocupações se baseiam não constituem verdades absolutas.

Hovenkamp (2011, p. 9), por exemplo, indicou que os fundamentos em que a Suprema Corte se pautou para inviabilizar a legitimidade dos compradores indiretos estariam equivocados. Para este autor, as relações comerciais entre o infrator e o comprador diretor desestimulam o ingresso das ações de indenização privada, enquanto que os compradores indiretos raramente enfrentam essas preocupações. De fato, ajuizar uma ação contra o seu fornecedor pode ser uma estratégia temerária da empresa, principalmente se não há fornecedores alternativos. Assim, a postura da Suprema Corte teria o efeito inverso do planejado: em vez de estimular as demandas privadas, estaria desencorajando-as.

Além disso, em estudo realizado pela Comissão Europeia (2007, p. 466/467), assinalou-se que o entendimento de que os compradores diretos teriam maior aptidão em apresentar evidências acerca do ilícito antitruste só é válido nas hipóteses de *stand alone actions*³², uma vez que, em *follow-on*

³² *Stand alone actions* seriam ações de indenização privada ajuizadas por supostas vítimas de um ilícito antitruste independentemente da existência de um procedimento administrativo em curso ou finalizado.

*actions*³³, tanto os compradores diretos quanto os indiretos podem obter informações relevantes sobre as práticas colusivas. Ademais, apontou-se que não há absolutamente nenhuma evidência empírica demonstrando que os compradores diretos sejam tão superiores em termos de eficiência a ponto de que devam ser os únicos legítimos para requerer a reparação perante o Poder Judiciário. Pelo contrário, entendeu-se que a opção de possibilitar o acesso à justiça pelos compradores indiretos aumentaria o escopo da compensação.

Outrossim, conforme mencionado pela Comissão Europeia (2007, p. 466/467), sob uma perspectiva de justiça social, é imprescindível que qualquer indivíduo, incluindo os compradores indiretos, possam ingressar na justiça para demandar indenização em razão das perdas incorridas. Isto é, permitir a *passing on defence* está alinhada ao princípio da justiça corretiva, uma vez que impede o enriquecimento ilícito dos compradores diretos e possibilita a recomposição dos danos dos compradores indiretos. Negar uma defesa porque ela seja de difícil comprovação não se coaduna aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Uma medida eficaz para estimular a participação processual daqueles prejudicados que não possuem incentivos econômicos para ajuizar suas demandas é consolidar todas as ações em um único procedimento, de forma a preservar os valiosos e escassos recursos judiciais, garantir maior segurança jurídica às partes e reduzir os custos processuais necessários para estimar os danos individuais decorrentes da infração (OECD, 2015, p. 19).

No estudo conduzido pela OECD (2015, p. 19), assinalou-se a existência de dois modelos de ações coletivas: *opt-in* e *opt-out*. No primeiro, as vítimas do ilícito antitruste devem expressar sua intenção de participar do litígio como membro do grupo representado, sendo que a decisão judicial não beneficia os indivíduos que não expressaram o intento de serem representados no processo. Já no segundo modelo, todos os agentes que se enquadram na definição do grupo representado podem aproveitar-se da decisão judicial, a menos que tenham explicitamente requerido o contrário.

No âmbito da União Europeia, as ações coletivas foram regulamentadas por 16 (dezesseis) dos 28 (vinte e oito) Estados-membros, sendo que a Comissão publicou uma Recomendação não vinculante, em 11 de junho de 2013, incentivando que os Estados permitam esse instrumento processual no modelo *opt-in* (TRSTENJAK e WEINGERL, 2014, p. 157).

Nos Estados Unidos, a constituição de uma ação coletiva, denominada de *class action*, é expressamente prevista na legislação federal - especificamente, na Regra 23(a) do Código de Processo Civil norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*) - e, via de regra, em legislação estadual. Lá, vigora o modelo *opt-out*, no qual todos os indivíduos prejudicados com a conduta ilícita

³³ *Follow-on actions*, por sua vez, seriam as demandas ajuizadas após uma decisão condenatória prolatada pelos órgãos de defesa da concorrência.

devem ser citados a fim de que, caso preferirem, manifestem a intenção de não serem representados no processo (POLVERINO, 2007, p. 9/10).

Vale notar que, de forma geral, essa unificação de pleitos em um único processo já está disponível no ordenamento jurídico brasileiro. Os mecanismos de tutela coletiva da livre concorrência no Judiciário brasileiro são a ação civil pública e a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos (MATION, 2008, p. 66). Tendo em vista que o escopo do presente trabalho se limita às ações individuais de indenização, tais modelos não serão discutidos. De qualquer forma, é inegável a importância dessas modalidades para promover, em maior escala, a participação processual dos agentes econômicos prejudicados.

Por todo o exposto, conclui-se que o fato de que o reconhecimento da *passing on defence* e da legitimidade dos compradores indiretos possivelmente dificulte a responsabilização civil dos infratores não constitui razão suficiente para adotar um posicionamento como o da Suprema Corte norte-americana. A preocupação não se deve voltar para a insuficiência de penalidades ao agente econômico envolvido no ilícito antitruste, mas sim para a possibilidade de que alguns agentes econômicos enriqueçam ilícitamente (compradores diretos), enquanto outros não sejam recompensados de nenhuma forma (compradores indiretos).

Com essa orientação, de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, quaisquer prejudicados podem ingressar com ações de indenização privada, desde que comprovem os danos sofridos, bem como os demais requisitos para a responsabilização civil. Ou seja, todos os agentes econômicos potencialmente expostos aos efeitos negativos decorrentes da prática de cartel – incluindo os compradores diretos e os compradores indiretos – possuem legitimidade ativa para requerer a reparação civil perante o Poder Judiciário.

Mesmo que não houvesse previsão legal expressa nesse sentido, a Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que qualquer lesão ou ameaça a direito seja obrigatoriamente apreciada pelo Poder Judiciário. Tal prerrogativa integra o rol de direitos fundamentais dos indivíduos, os quais não podem ser afastados nem mesmo por emendas constitucionais. Dessa forma, pode-se afirmar que os compradores indiretos, bem como quaisquer outros agentes prejudicados, possuem respaldo constitucional e legal para ajuizar uma ação de indenização privada em decorrência de uma infração à ordem econômica.

Além disso, o reconhecimento da *passing on defence* pelos juízes é fundamental para assegurar que a indenização arbitrada não promova o enriquecimento sem causa, instituto vedado no ordenamento jurídico pátrio. De fato, o artigo 884 do Código Civil, ao estabelecer que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”, consagra uma cláusula geral que condena o

enriquecimento sem causa às custas do patrimônio alheio (KROETZ, 2005, p. 24/25). Dessa forma, como princípio geral, a vedação ao enriquecimento sem causa deveria ser observada quando da fixação das indenizações, uma vez que a quantia reparatória não poderia resultar em locupletamento dos compradores diretos às custas dos indiretos.

Muito embora a legitimidade ativa dos compradores indiretos esteja constitucional e legalmente amparada, a fração de demandas judiciais destes legitimados aparenta ser insignificante. Com efeito, na monografia apresentada por Gisela Ferreira Mation (2008, p. 64), das 396 (trezentos e noventa e seis) ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais analisadas³⁴, não foram encontrados casos que envolvessem demandas feitas por consumidores indiretos. De acordo com a autora, este cenário pode ser explicado pela “falta de ciência da possibilidade jurídica ou então da dificuldade de visualização da relação causal entre a conduta anticoncorrencial e o prejuízo econômico incorrido pelo consumidor indireto” (MATION, 2008, p. 65). Outra provável explicação para este cenário seria a falta de incentivos econômicos para pleitear a reparação de prejuízos inexpressivos.

De qualquer forma, com base nos princípios vigentes na ordem jurídica nacional, é imprescindível manter o posicionamento de que os compradores indiretos, assim como os diretos, são partes legítimas para ajuizar ações de indenização privada.

1.3. Assimetria de informações

Outra grande dificuldade das ações de antitruste na esfera civil é o acesso às informações necessárias para comprovação da conduta e do dano. Na maior parte dos casos, as evidências relevantes não estão disponíveis publicamente, mas estão em posse do infrator ou de terceiros (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 345). Dentro desse contexto, o grau de acesso a documentos relevantes acarreta importantes consequências acerca dos incentivos da vítima para ajuizar uma ação, da probabilidade de ter sua demanda julgada procedente e dos custos processuais envolvidos no litígio (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 345).

Vale notar que o problema relativo à assimetria de informações manifesta-se de forma distinta conforme seja o caso de *stand alone* ou *follow on actions*. Na primeira hipótese, ou seja, quando as

³⁴ No trabalho apresentado, o objetivo inicial da pesquisa de jurisprudência era mapear a situação das ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas. Assim, foram incluídos todos os Tribunais de Justiça Estaduais, Tribunais Federais Regionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

ações são ajuizadas independentemente de haver um procedimento administrativo em curso, a assimetria de informações entre as partes tende a ser mais significativa, de forma que a determinação judicial para divulgação de documentos se mostra imprescindível a fim de que a parte possa ter êxito em sua demanda (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 345).

Por outro lado, em *follow on actions*, a investigação conduzida pelo órgão antitruste pode ser uma importante fonte de informações. Por certo, tais ações em muito poderiam ser favorecidas caso os demandantes tivessem acesso aos documentos em posse das autoridades concorrenciais. Mesmo que eles, em tese, não precisem comprovar a existência da violação anticoncorrencial, tais documentos podem ser extremamente úteis para demonstrar a extensão dos danos incorridos, bem como o nexo de causalidade entre o ilícito e os prejuízos sofridos (WILS, 2009, p. 21).

No entanto, da mesma forma que é essencial superar essa assimetria de informações e facilitar o acesso a documentos relevantes pelas vítimas, também é importante conter os efeitos negativos advindos de um vazamento de dados. Tais efeitos incluem, por exemplo, o risco de abusos pelas supostas vítimas, bem como o risco de que a revelação de informações sigilosas no curso do procedimento administrativo possa prejudicar as investigações (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 4).

Por esses motivos, o acesso aos documentos em posse da autoridade manifesta diversas problemáticas: como deve ser o tratamento de confidencialidade das provas entregues pelas empresas em razão de leniência? E com relação aos demais documentos contidos nos autos do procedimento administrativo em curso, os interessados devem ter acesso? Antes de examinar essas questões, contudo, analisar-se-á sobre quem recai o ônus da prova nas ações decorrentes de ilícitos antitruste.

a) Ônus da Prova

No Brasil, o atual Código de Processo Civil (CPC) prevê, em seu artigo 333 (reproduzido no artigo 373 do novo CPC, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015), que cabe ao autor da ação demonstrar os fatos constitutivos de seu direito – no caso, a configuração do ilícito antitruste, os prejuízos sofridos, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo³⁵ – enquanto que cabe ao réu comprovar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor. Tal sistemática,

³⁵ Conforme indicado no subitem 1.1., vale destacar que alguns autores entendem que, na hipótese de infração antitruste, a responsabilidade seria objetiva, isto é, independente da comprovação de culpa ou dolo.

mesmo em *follow on actions*, impõe um ônus probatório excessivo aos autores e muito difícil de ser superado³⁶.

Vale observar que o novo CPC pode ser um importante instrumento para aliviar esse ônus imposto sobre as vítimas de infrações anticoncorrenciais. Isso porque tal ato normativo positivou, no artigo 373, §1º, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso diante de circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, notadamente, quando houver a incidência de ônus probatório excessivamente oneroso a alguma das partes. Em outras palavras,

A teoria da carga probatória dinâmica não leva em consideração a posição da parte no processo para fixação do encargo probatório, nem a natureza do fato objeto da prova. O importante, aqui, é quem tem a facilidade de produção daquela prova, de forma a esclarecer os fatos controvertidos e ter uma solução justa no caso concreto. A partir de circunstâncias de cada caso, o magistrado definirá qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar fatos controvertidos, impondo-lhe o ônus e eventual risco no seu descumprimento³⁷.

É importante salientar que essa teoria, mesmo antes do advento do novo CPC, já era aceita na doutrina e na jurisprudência brasileira, como assinala Izabella Friedrich (2013, p. 27/28).

Independentemente de haver ou não a flexibilização do ônus da prova, é importante notar que, com base no artigo 355 do CPC (reproduzido no artigo 396 do novo CPC), o juiz poderá ordenar que o suposto responsável pelo ilícito antitruste apresente documento ou coisa que se ache em seu poder. Para isto, o requerimento formulado pela parte deverá conter: (i) as especificações, de forma tão completa quanto possível, dos documentos e/ou coisas a serem apresentados; (ii) a finalidade da prova, indicando a sua pertinência com a instrução probatória; e (iii) as razões pelas quais o requerente entende que os documentos e/ou coisas a serem apresentados estão em posse da outra parte. Vale salientar, conforme destaca André Marques Francisco (2014, p. 126), que a suposta vítima da conduta anticompetitiva deve tornar indubitável o seu propósito com a exibição da documentação requerida, tendo em vista que, muitas vezes, tal documentação pode se mostrar extremamente sensível à estratégia empresarial da parte contrária.

³⁶ Vale notar que, em algumas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, quando restou caracterizada a questão consumista na lide, operou-se a inversão do ônus da prova para o agente que causou o dano (GÂNDARA, 2011b, p. 73). Tal entendimento baseia-se no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual prevê que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. A título de exemplo, no Agravo de Instrumento n. 70013607569, a Décima Sexta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar uma ação coletiva de consumo acerca de suposta prática de cartel por postos de gasolina, assim consignou: “É possível a inversão do ônus da prova em ação civil pública quando o Ministério Público, ao promover a demanda, atua como substituto processual na defesa dos interesses sociais e individuais dos consumidores, quem efetivamente apresenta-se como hipossuficientes.” (Agravo de Instrumento N° 70013607569, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 25/01/2006)

³⁷ FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 2013. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, p. 23.

Apesar de essa previsão legal, em tese, aliviar o ônus probatório da parte autora, é evidente que o suposto responsável pela conduta anticoncorrencial jamais apresentará documentação comprovando a existência de um acordo formal de fixação de preços (FRANCISCO, 2014, p. 126). Na realidade, os documentos usualmente requeridos referem-se a dados contábeis do mercado objeto da ação, os quais teoricamente podem auxiliar à aferição do sobrepreço imposto pela conduta colusiva (FRANCISCO, 2014, p. 126).

Muito embora tais documentos contábeis possam ser, de fato, importantes para a quantificação do sobrepreço decorrente da prática cartelizante, eles não são capazes de comprovar, na grande parte dos casos, a efetiva existência de um acordo anticoncorrencial. Em relatório elaborado pela OECD em 2006³⁸, consignou-se que evidências econômicas são quase sempre ambíguas, podendo representar tanto uma colusão ilícita, quanto ações independentes.

No trabalho apresentado por Lívia Gândara (2011a, p. 28/29), do total de 22 (vinte e dois) casos analisados³⁹, em pelos menos 7 (sete) das 11 (onze) ações julgadas improcedentes, os julgadores motivaram suas decisões na insuficiência de provas, especialmente no que tange à caracterização do ilícito e à comprovação do dano. Considerando que a comprovação da existência de um cartel é extremamente onerosa para os próprios órgãos de defesa da concorrência, os quais dispõem de um vasto aparato investigatório, impor tal ônus a um único agente econômico significa estabelecer uma barreira quase intransponível para o êxito das ações de indenização privada. Nesse sentido, é essencial que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no novo CPC, seja efetivamente aplicada nas ações de indenização decorrentes de ilícitos antitruste.

No Livro Verde elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias, foram sugeridas 3 (três) medidas que manifestam uma significativa relativização do ônus da prova imposto sobre a vítima da infração antitruste, quais sejam: (i) que as decisões condenatórias prolatadas pelas autoridades antitruste sejam vinculantes no âmbito judiciário ou que, alternativamente, ocorra a inversão do ônus da prova quando houver uma decisão condenatória administrativa; (ii) que o ônus probatório seja invertido ou reduzido nos casos em que haja significativa assimetria de informações entre as partes; e (iii) que a recusa injustificada em apresentar documentos influencie o ônus da prova, variando entre uma presunção relativa ou uma presunção absoluta do fato alegado (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2005, p. 6).

³⁸ OECD. "Prosecuting Cartels without Direct Evidence". DAF/COMP/GF(2006)7. September 11 2006, p. 10. Disponível em: < <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf> >. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

³⁹ A autora fez um levantamento das ações judiciais findas e as que ainda estavam em curso sobre a responsabilização civil dos agentes que supostamente incorreram na prática de alguma conduta anticompetitiva. Em termos metodológicos, a pesquisa foi realizada nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal (GÂNDARA, 2011a, p. 22/23).

O Livro Branco, também elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias, prevê, de forma similar ao CPC brasileiro, que o juiz possa requerer que terceiros ou que o próprio réu apresentem provas não conhecidas pela parte autora. Para isso, o requerente deverá: (i) apresentar todos os fatos e evidências que estejam disponíveis a ele, os quais efetivamente fundamentem a suposta ocorrência de um ilícito antitruste e de danos dele decorrentes; (ii) demonstrar que é incapaz de obter, por si só, a documentação requerida; (iii) indicar com precisão a documentação a ser disponibilizada pela parte contrária; e (iv) evidenciar que seu requerimento é extremamente relevante, necessário e proporcional à instrução probatória (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 5).

Com essa mesma orientação, as Diretrizes da União Europeia também estabelecem que os Tribunais locais são competentes para determinar que o réu ou uma terceira parte apresente informações e/ou documentos, desde que a demanda da parte autora esteja suficientemente fundamentada em evidências do ilícito⁴⁰. Todavia, com relação às previsões do Livro Branco e das Diretrizes da União Europeia, incidem os mesmos problemas encontrados no cenário brasileiro. Ou seja, dificilmente serão apresentadas provas concretas de que houve um conluio tácito, e evidências econômicas são, na maior parte dos casos, imprecisas.

O cenário norte-americano, por outro lado, tem algumas peculiaridades que favorecem as partes que pretendem ingressar com ações de indenização privada decorrentes de ilícito anticoncorrencial. Nos Estados Unidos, a assimetria de informações entre as partes é tratada por meio de um *pre-trial discovery*, que aumenta as probabilidades de êxito das demandas ajuizadas, especialmente se forem hipóteses de *stand alone actions* (CAVANAGH, 2010, p. 647). Conforme ensina Antônio Carvalho Filho, o *pre-trial discovery* pode ser definido como

Um procedimento inquisitório em que as partes, sem a interferência do juiz, têm possibilidades, antes do início do julgamento, de colher, sem coerção, determinado tipo de evidências ou indícios, nomeadamente documentos, que estejam em poder da contra-parte ou de terceiro, possibilitando a preparação para o julgamento, o qual é contínuo e impossibilita a “descoberta” de novas provas que possam interessar ao deslinde da causa⁴¹.

No âmbito norte-americano, a parte autora apresenta um caso com superficial respaldo fático e jurídico, dando ciência à parte contrária da existência da ação, para, a partir daí, ampliar seu conjunto probatório e especificar suas demandas (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 350). Tendo em vista que, para ingressar com uma ação civil, não se exige uma fundamentação bem

⁴⁰ Tais disposições encontram-se no Capítulo II, artigo 5º das referidas Diretrizes.

⁴¹ CARVALHO FILHO, Antônio. Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial, 2003, p. 25. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

consolidada, é relativamente simples e barato ajuizar uma demanda por reparação decorrente de infração anticoncorrencial nos Estados Unidos, especialmente considerando que a parte autora poderá ter direito aos honorários advocatícios, além de indenização triplicada, nos termos do *Clayton Act* (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 351).

É importante salientar que a não colaboração da parte em apresentar documentos na *pre-trial discovery* pode ter sérias repercussões, conforme consignado pela Comissão Europeia (2007, p. 353). Tais repercussões abrangem a inversão do ônus da prova em determinadas situações, bem como a limitação ao deferimento de apresentação de provas pela parte, como testemunhos particulares e evidências documentais. Ademais, considerando que o caso será julgado por um corpo de jurados, a negativa de disponibilização de documentos pela parte infratora certamente será considerada e influenciará a decisão final.

Vale destacar que os padrões mínimos de evidências para a admissibilidade de uma demanda judicial que verse sobre ilícitos antitruste foram alterados pela Suprema Corte norte-americana no caso *Bell Atlantic Corp v. Twombly*⁴², em 2007. Neste caso, o Tribunal estabeleceu que a indicação da ocorrência de condutas paralelas, quando ausentes provas de um acordo entre concorrentes, é insuficiente para fundamentar uma ação antitruste, nos termos do *Sherman Act*⁴³. Assim, a parte autora deveria, em sua peça inicial, sustentar a efetiva plausibilidade⁴⁴ – e não meramente a possibilidade – de que será capaz de comprovar os fatos que embasam suas demandas.

Destaca-se que após esta decisão da Suprema Corte, a proporção de ações de indenização privada que não foram admitidas aumentou significativamente: em 74% (setenta e quatro por cento) das 378 (trezentos e setenta e oito) decisões judiciais, entre 2007 e 2011, as demandas foram inadmitidas por não atenderem ao novo requisito de “plausibilidade” (OECD, 2015, p. 5). De qualquer forma, pode-se afirmar que, para a admissibilidade de uma ação de indenização privada no direito antitruste norte-americano, exige-se uma carga probatória inicial bem menor do que no sistema europeu e brasileiro (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 354).

⁴² 550 U.S. 544 (2007).

⁴³ No caso, a Suprema Corte norte-americana indicou que, por certo, condutas paralelas podem consistir em provas circunstanciais de um acordo anticoncorrencial. Todavia, condutas paralelas, por si só, são insuficientes para comprovar uma violação ao direito antitruste e sustentar uma demanda judicial.

⁴⁴ Segundo Cavanagh (2010, p. 645), os Tribunais ainda estão tentando decifrar o significado de “efetiva plausibilidade”. Todavia, a decisão da Suprema Corte encorajou os Tribunais locais a negar seguimento àquelas ações de indenização privada sem um mínimo respaldo fático, a fim de evitar abusos.

b) Documentos obtidos em acordos de leniência

Uma outra dificuldade da responsabilização civil no âmbito antitruste refere-se à possibilidade de acesso aos documentos obtidos por meio da celebração de acordos de leniência.

Os programas de leniência permitem que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste, coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis⁴⁵.

A Lei de Defesa da Concorrência prevê, em seu artigo 86, que a efetiva colaboração do leniente com as investigações deve resultar na identificação dos demais envolvidos na prática anticoncorrencial e na obtenção de informações e documentos que comprovem a ocorrência do ilícito. Embora os documentos apresentados pela parte leniente possam se revelar extremamente úteis para fundamentar as ações de indenização privada eventualmente ajuizadas pelas vítimas da infração anticoncorrencial, é necessário ponderar com cautela os custos e benefícios envolvidos na disponibilização dessa documentação.

Os programas de leniência são globalmente conhecidos como um dos mais efetivos instrumentos de investigação na política de combate aos cartéis (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 492). O próprio CADE já reconheceu, em diversas ocasiões, que a celebração de acordos de leniência é essencial para facilitar a detecção e a punição de cartéis, sendo um forte instrumento para encorajar as empresas a cooperarem com as autoridades antitruste (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, p. 17/18). Dentro desse contexto, o risco de que a documentação apresentada pela parte leniente resulte no subsequente ajuizamento de ações de indenização privada é um dos fatores que pode influenciar negativamente na decisão da empresa de apresentar ou não uma proposta de acordo de leniência. Com efeito, as empresas envolvidas em infrações anticoncorrenciais ponderam as vantagens do programa de leniência em contraposição à possibilidade de que o cartel, se abandonado, não seja descoberto e aos possíveis prejuízos decorrentes da celebração do acordo (BAKER, 2004, p. 400).

Assim, se os infratores forem desencorajados de apresentar uma proposta de leniência em razão do risco de subsequente ajuizamento de demandas judiciais, é muito provável que uma menor proporção de cartéis seja detectada (OFFICE OF FAIR TRADING, 2007, p. 37). Caso a taxa de detecção de cartéis pelas autoridades administrativas seja reduzida, o escopo das *follow-on actions*

⁴⁵ Tais informações foram extraídas da seguinte página do website oficial do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ec4dcf50dc3bfd5ce86ac1>.

será, conseqüentemente, também limitado. Ou seja, se a parte infratora não considerar vantajoso celebrar um acordo de leniência, pode ser que o cartel não seja descoberto e, em consequência, as vítimas da infração jamais tenham ciência de que incorreram em prejuízos. Por outro lado, com o programa de leniência, mesmo que os interessados não tenham acesso à documentação trazida pelo leniente, a decisão condenatória prolatada pela autoridade antitruste, bem como o acesso a documentos públicos, podem ser de grande valia para embasar as ações eventualmente ajuizadas.

Com essa orientação, a Lei de Defesa da Concorrência prevê, em seu artigo 86, § 9º, que a proposta de acordo de leniência será considerada sigilosa, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo⁴⁶. Nesse mesmo sentido, o Regimento Interno do CADE dispõe, no artigo 207, §2º, inciso II, acerca da confidencialidade das informações apresentadas pela parte leniente. Vejamos:

é vedada a divulgação ou o compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, do acordo de leniência e de seus anexos, bem como de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou que recebam tratamento de acesso restrito por parte do Cade, sendo que a desobediência desse dever sujeitará os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

No Brasil, entre 2003 e 2013, os 3 (três) procedimentos administrativos originários de um acordo de leniência não ensejaram nenhuma ação de indenização privada (SOUZA, 2014, p. 35), de forma que não era possível prever qual seria a resposta judicial em relação a um pedido de acesso aos documentos do acordo de leniência. Em 12 de agosto de 2013, o Poder Judiciário finalmente foi provocado e a Justiça Federal de São Bernardo do Campo (SP) acolheu o pedido formulado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para que fosse disponibilizado o acesso aos documentos da investigação sobre a suposta formação de cartel em licitações de trens e metrô em São Paulo, notadamente o acordo de leniência e o Histórico da Conduta⁴⁷.

Nesta decisão, o juiz Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo, afirma que:

⁴⁶ No Brasil, em 2011, foi aberta a Consulta Pública n. 17/2011, referente ao projeto de lei que alterava a Lei n. 8.137/90, a Lei 8.666/93 e a Lei n. 8.884/94. A redação original da minuta de projeto de lei propunha a inclusão de um artigo criminalizando a divulgação injustificada a terceiros de informações confidenciais relacionadas à proposta de leniência submetida perante as autoridades concorrenciais brasileiras. Todavia, tal projeto não prosperou, e as modificações propostas não foram implementadas, nem mesmo com o advento da nova Lei de Defesa da Concorrência. Informações obtidas no website oficial do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53e637c252c75ca772df70c69da0>.

⁴⁷ Destaca-se que a autorização do Poder Judiciário não incluiu acesso ao material recolhido em buscas e apreensões nos escritórios das empresas suspeitas de participar do cartel. Informações obtidas em nota oficial publicada pelo CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?76c958a173a87f8496a3b58cdb7f>. Acesso em 15 de setembro de 2015. Com relação a este caso, vale observar que, em nota oficial publicada no dia 16 de agosto de 2013, o CADE havia dispensado a obrigação de sigilo sobre a identidade da empresa beneficiária do referido acordo de leniência – isto é, a Siemens Ltda. De toda forma, o CADE reiterou que o fim da confidencialidade referia-se apenas à identidade da beneficiária, não configurando violação de sigilo, uma vez que decorreu de entendimento mútuo formalizado entre as partes. Informação disponível no website oficial do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?40f30217ee24f83acc7aca66fd43>.

Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse de ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estaduais⁴⁸.

Diante da autorização conferida pelo Poder Judiciário, o governo de São Paulo foi responsável por ingressar com a primeira ação de indenização privada em face de uma empresa signatária de acordo de leniência, isto é, a Siemens Ltda (SOUZA, 2014, p 35). A primeira versão da ação proposta pelo Estado de São Paulo contra a empresa Siemens não foi aceita, visto que o governo não indicava os prejuízos causados pelas empresas, além de citar apenas a multinacional alemã Siemens, signatária do acordo de leniência (SOUZA, 2014, p. 36). Em janeiro deste ano (2015), a juíza da 4ª Vara da Fazenda de São Paulo, após a inclusão das outras 14 (catorze) empresas envolvidas no conluio no polo passivo, deu prosseguimento ao processo, embora tenha consignado que as emendas à petição inicial continuam descrevendo sem exatidão a quantificação do dano e a participação de cada réu no conluio⁴⁹.

Além da ação proposta pelo Estado de São Paulo, o Ministério Público Estadual já propôs 3 (três) ações civis públicas referentes à suspeita de cartel em licitações do Metrô e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), requerendo a reparação dos cofres públicos e a dissolução das empresas envolvidas no ilícito⁵⁰.

Vale destacar que em dois outros casos originários de acordo de leniência, a identidade dos signatários não foi preservada, muito embora tais vazamentos não tenham decorrido de determinação judicial (SOUZA, 2014, p. 33-34)⁵¹. Essa falta de cuidado com a confidencialidade dos acordos de leniência – tanto em relação à identidade dos signatários, quanto em relação aos próprios documentos anexados – pode ensejar muitos danos ao programa de leniência no Brasil. Conforme sugere Nayara Mendonça Silva e Souza (2014, p. 41), a Lei de Defesa da Concorrência deveria estabelecer que o Poder Judiciário não é competente para determinar a divulgação de informações referentes ao acordo de leniência.

⁴⁸ Informação obtida no website: <http://pge-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100660030/pge-ajuiza-acao-contra-siemens-por-formacao-de-cartel>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

⁴⁹ Informações obtidas no website: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral/juiza-abre-acao-de-alkmin-contra-cartel-dos-trens,1619992>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

⁵⁰ Informações obtidas no website: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/09/mp-pede-dissolucao-de-9-empresas-acusadas-de-cartel-em-trens-de-sp.html>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

⁵¹ Conforme aponta Nayara Mendonça Silva e Souza (2014, p. 33-34), a identidade do Grupo Reichhold foi exposta em publicação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de 27 de maio de 2014 por descuido da Secretaria do Tribunal, visto que o processo tinha sido mantido em segredo de justiça pelo magistrado. Ademais, vazou a informação, em 2 de setembro de 2014, de que a empresa Bosch teria delatado um cartel no mercado de produção de velas de ignição, porém, neste caso, não se sabe a fonte da notícia. Ademais, vale ressaltar que, com relação ao acordo de leniência celebrado no âmbito da “Operação Lava Jato”, com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás, a Superintendência Geral do CADE divulgou uma versão pública do Histórico da Conduta, visto que os signatários expressamente dispensaram a confidencialidade do acordo e de seus anexos. Informação disponível no website oficial do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2013e335cc42d65cae9bac87d274>.

Em que pese esta sugestão normativa claramente não favoreça as vítimas de ilícitos antitruste, nos procedimentos administrativos originários do programa de leniência, a própria decisão condenatória prolatada pela autoridade antitruste costuma ser uma eficiente fonte de informações para fundamentar as eventuais ações de indenização privada ajuizadas. Muito embora não haja uma necessária vinculação entre as esferas civil e administrativa, uma possibilidade de compensar a dificuldade em comprovar a ocorrência do ilícito e dos danos dele decorrentes seria inverter o ônus da prova nas hipóteses em que houvesse a celebração de um acordo leniência.

Na verdade, essa sugestão foi proposta pelo Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias quando se tratou da possibilidade de relativização do ônus da prova imposto às vítimas de ilícito antitruste. Neste documento, sugeriu-se que as decisões condenatórias prolatadas pelas autoridades antitruste dos Estados Membro sejam vinculantes no âmbito judicial ou que, alternativamente, o ônus da prova seja invertido nessa hipótese (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2005, p. 6).

Especificamente no que tange ao programa de leniência, o Livro Verde⁵² e o Livro Branco⁵³ estabelecem que deve haver uma proteção adequada aos documentos apresentados pela parte leniente, independentemente do fato de a proposta de acordo ser aceita ou não. Assim, a preservação do sigilo deveria ser mantida mesmo quando o Tribunal determine a divulgação dos dados.

Apesar dessa orientação, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Pfleiderer*, estabeleceu que, na ausência de normas vinculantes da União Europeia sobre o assunto, ficaria a cargo dos Tribunais de cada Estado-membro, com base em uma análise casuística e na ordem legal vigente, decidir se os documentos apresentados pela parte leniente podem ou não ser disponibilizados nas ações de indenização privada. Com esse entendimento, os Tribunais locais teriam que ponderar o interesse das vítimas em obter uma integral compensação e o interesse público na efetiva execução pública das normas anticoncorrenciais (HANSEN, CROCCO, e KENNEDY, 2012, p. 16-17).

Com o propósito de unificar o entendimento acerca da matéria, nas Diretrizes da União Europeia, ficou previsto que os Estados-membros devem assegurar que, para os fins das ações de indenização privada, os Tribunais locais não podem, em nenhum momento, determinar que a parte ou um terceiro disponibilize o acordo de leniência e seus anexos⁵⁴.

No cenário antitruste norte-americano, por outro lado, há um conflito entre o escopo amplamente liberal da *pre-trial discovery* e as promessas de que as informações e as evidências apresentadas no âmbito de um acordo de leniência sejam mantidas confidenciais. Em que pese a fase

⁵² COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Green Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules, Bruxelas, 2005, p. 9.

⁵³ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. White Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules. Bruxelas, 2008, p. 10.

⁵⁴ Tal disposição encontra-se no Capítulo II, artigo 5º das referidas Diretrizes.

da *pre-trial discovery* preveja ampla apresentação de documentos e evidências a fim de mitigar a assimetria de informações entre as partes, um dos princípios basilares do programa de leniência dos Estados Unidos é a garantia de confidencialidade (HANSEN, CROCCO, e KENNEDY, 2012, p. 13).

O *DOJ Antitrust Division* reconhece que a falta de confidencialidade é um grande desincentivo para a celebração de acordos de leniência, de forma que a promessa de sigilo é o fator preponderante para que este programa consiga lograr êxito. Com essa orientação, o *DOJ Antitrust Division* adotou uma política de não revelar informações obtidas por meio do acordo de leniência a autoridades antitruste estrangeiras⁵⁵.

Apesar desse firme posicionamento, o Código de Processo Civil norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*), ao adotar um modelo amplamente liberal do *pre-trial discovery*, não instituiu nenhuma previsão específica excepcionalizando o acesso às informações fornecidas pelos signatários do acordo de leniência (MILLER, NORDLANDER, e OWENS, 2010, p. 5). Dessa forma, Miller, Nordlander e Owens (2010, p. 8/14) explicam que os Tribunais norte-americanos ainda não adotaram uma postura uníssona a esse respeito. Com efeito, como demonstrado por esses autores, nos diversos litígios judiciais privados em que as partes solicitaram a disponibilização da documentação apresentada pelo leniente (tanto em relações aos processos administrativos instaurados pela Comissão Europeia, quanto àqueles instaurados pelos órgãos antitruste norte-americanos), houve uma considerável discricionariedade dos juízes quanto ao deferimento desses pedidos: em alguns casos, prezou-se pela efetividade dos programas de leniência, enquanto que em outros, pelas regras liberais do *pre-trial discovery*.

Em palestra ministrada no 20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, em 30 de outubro de 2014, Edward B. Schwartz⁵⁶ indicou que, em regra, o *DOJ Antitrust Division* consegue manter a integridade de suas investigações por meio da preservação do sigilo da documentação apresentada pela parte leniente até o encerramento do procedimento administrativo. No entanto, segundo Schwartz, as vítimas do ilícito antitruste, eventualmente, conseguem obter os documentos em razão das regras liberais do *pre-trial discovery* norte-americano.

Pelo exposto, nota-se que há um grande embate entre encorajar a celebração de acordos de leniência e facilitar a reparação civil das vítimas do ilícito antitruste. Considerando a imprescindível necessidade de manter a efetividade dos programas de leniência, um dos instrumentos mais eficazes na política de combate aos cartéis, entende-se que deve ser dado tratamento estritamente sigiloso aos

⁵⁵ Tal entendimento foi explicitado no documento oficial publicado pelo DOJ Antitrust Division: "FREQUENTLY ASKED QUESTIONS REGARDING THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM AND MODEL LENIENCY LETTERS (November 19, 2008)". Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2014/09/18/239583.pdf>.

⁵⁶ "Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims". São Paulo, Brasil, 30 de outubro de 2014. Apresentação para o 20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, por Edward B. Schwartz. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/20SeminarioConcorrenca/PALESTRAS/Painel%202%20-%20Edward%20B.%20Schwartz.pdf>.

documentos apresentados pela parte leniente, mesmo após o encerramento dos procedimentos administrativos.

c) Demais documentos contidos nos autos do processo administrativo

Além dos documentos apresentados no contexto de um acordo de leniência, as vítimas de infrações anticoncorrenciais usualmente requerem, no âmbito civil, a disponibilização de outros documentos contidos nos autos do processo administrativo. A análise do pedido de acesso a tal documentação deve ser feita com muita cautela, uma vez que o vazamento de informações sensíveis durante as investigações conduzidas pela autoridade antitruste pode mitigar a efetividade do processo administrativo (RUBINFELD, 2012, p. 21-22).

No contexto da União Europeia, as Diretrizes (2014, p. 14) expressamente preveem que os Tribunais locais, ao analisar a proporcionalidade do pedido de acesso aos documentos contidos nos autos do procedimento administrativo, devem considerar: (i) se o pedido formulado especificou a natureza, o assunto ou conteúdo dos documentos em posse da autoridade antitruste, em vez de um pedido genérico sem especificações; (ii) se a parte que está requerendo a divulgação de documentos pretende ajuizar uma ação de indenização; e (iii) se o deferimento de acesso influencia a efetividade do procedimento administrativo. Dentro desse contexto, as Diretrizes (2014, p. 14) dispõem que os seguintes documentos somente poderão ser revelados após o encerramento do processo administrativo: (i) informações elaboradas por uma pessoa física especificamente para fins de apuração das investigações; (ii) informações que as autoridades antitruste elaboraram e enviaram para as partes no decorrer do processo; e (iii) submissão de acordo posteriormente desistido pela parte.

Nos Estados Unidos, a Regra 6(e) do Código de Processo Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) prevê o sigilo das investigações do grande júri⁵⁷, limitando o acesso à documentação dos autos apenas nas hipóteses em que tal medida for imprescindível para evitar uma injustiça em outro processo judicial, de forma que a necessidade de disponibilização das evidências seja maior do que a necessidade de assegurar o sigilo do grande júri (OECD, 2008, p. 104). Além disso, o *DOJ Antitrust Division* tem, reiteradamente, solicitado o sobrestamento ou a limitação do escopo do *pre-trial discovery* até o término dos procedimentos criminais nos casos em que múltiplas ações de indenização

⁵⁷ Nos casos em que o andamento de uma investigação administrativa sobre ilícitos anticoncorrenciais revele que um procedimento criminal seria mais adequado, instaura-se uma investigação por um grande júri (DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, p. III-46).

privada são ajuizadas em decorrência da publicização das investigações. (DEPARTMENT OF JUSTICE, 2014, p. 5).

No Brasil, apesar de a Lei de Defesa da Concorrência e o Regimento Interno do CADE preverem a possibilidade de instituir tratamento sigiloso em relação a determinados documentos, informações e atos processuais, não há qualquer dispositivo legal impedindo o Poder Judiciário de requisitar esses dados confidenciais em posse do CADE. Na realidade, o CPC⁵⁸ inclusive dispõe que o juiz poderá requisitar a exibição de documento ou coisa em posse de terceiro. Apesar disso, vale registrar que o artigo 363 do mesmo ato normativo prevê a possibilidade de o terceiro se escusar de apresentar o documento ou a coisa requerida “se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo” (inciso IV) ou “se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição” (inciso V). Tais dispositivos podem fundamentar, de forma legítima, a recusa do CADE em apresentar esses documentos.

Na prática, a decisão de determinar a apresentação de documentos pelo CADE encontra-se no campo de arbitrariedade do Poder Judiciário. De fato, no caso do cartel em licitações de trens e metrô em São Paulo, os documentos obtidos pelo CADE na busca conduzida por esta autarquia, fundamental às apurações, foram mantidos confidenciais para preservar as investigações⁵⁹. Por sua vez, como foi indicado no subtópico anterior, neste mesmo caso de cartel, o Histórico de Conduta e o acordo de leniência tiveram de ser publicizados em razão de determinação judicial.

Tal situação revela um verdadeiro descompasso entre o âmbito administrativo e o âmbito judicial. A revelação de informações antes do término do processo pode prejudicar o andamento das investigações, bem como a revelação de informações sensíveis das empresas pode prejudicar suas estratégias mercadológicas. É imprescindível que relação entre essas esferas seja normatizada a fim de assegurar maior segurança jurídica às partes e ao próprio órgão antitruste.

Dessa forma, para tratar essa estrutural assimetria de informações entre as partes sem comprometer a segurança jurídica dos processos, seria interessante estabelecer regras claras dispondo sobre o acesso a documentos importantes para subsidiar a ação antitruste privada, a definição de um nível mínimo de revelação de informações e as condições para que o Poder Judiciário emita uma ordem determinando a apresentação de documentos ou coisas em posse da autoridade antitruste (OECD, 2015, p. 14).

⁵⁸ Com efeito, o artigo 355 prevê que o juiz poderá ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se ache em seu poder e o artigo 360 dispõe que quando tal documento ou coisa estiverem em posse de terceiro, este será citado para responder.

⁵⁹ Informações obtidas em nota oficial publicada pelo CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?76c958a173a87f8496a3b58cdb7f>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

1.4. Formas de compensação e a quantificação dos danos

Um último aspecto de grande complexidade no campo da responsabilização civil refere-se à caracterização do dano causado pela infração anticoncorrencial e sua respectiva quantificação, a fim de possibilitar a efetiva reparação civil dos prejudicados. Conforme leciona Buchain (2006, p. 164), “o pedido indenizatório da vítima não poderá ser meramente especulativo, ou seja, desprovido de uma correta e tecnicamente fundamentada indicação da conduta do acusado e seus efeitos danosos”. A doutrina admite que as vítimas de ilícitos antitruste poderão requerer indenização privada em decorrência das seguintes modalidades de dano: (i) o dano emergente; (ii) o lucro cessantes; e (iii) os danos morais⁶⁰.

O dano emergente pode ser caracterizado pelo “impacto direto e imediato do ilícito antitruste sobre o patrimônio da vítima que negocia com o infrator” (FRANCISCO, 2014, p. 81), decorrendo da modificação unilateral do preço ou das qualidades dos produtos comercializados imposta pela prática colusiva. Conforme ensina André Marques Francisco (2014, p. 81), em que pese o sobrepreço seja a forma mais usual, não é a única manifestação de danos emergentes em casos de ilícitos anticoncorrenciais. O referido autor exemplifica o caso do Cartel dos Frigoríficos, em que a prática resultou em prejuízos no mercado a montante, visto que os principais frigoríficos ajustaram entre si um preço máximo a ser pago aos produtores de gado. Estes, sendo os produtores primários daquela indústria, não tiveram para onde repassar os prejuízos incorridos, de forma que foram obrigados a absorver a integridade dos danos.

O lucro cessantes, caracterizado pelo Código Civil como aquilo que a vítima “razoavelmente deixou de lucrar”, corresponderia “ao lucro que a vítima deixou de aferir em razão da redução de seu volume de vendas; seja porque a infração tornou seus produtos demasiadamente custosos (reduzindo sua demanda), seja porque a infração lhe fechou acesso ou excluiu de determinado mercado.” (FRANCISCO, 2014, p. 82).

Com essa mesma orientação, o Livro Branco da Comissão das Comunidades Europeias (2008, p. 7) prevê que os prejudicados de infrações anticoncorrenciais devem ser compensados não apenas pelo efetivo prejuízo incorrido em razão do sobrepreço (danos emergentes), mas também pela perda de lucros em razão da redução de vendas (lucros cessantes). Igualmente, as Diretrizes da União

⁶⁰ Registra-se que André Marques Francisco (2014, p. 80/82), em sua tese de dissertação, elenca apenas as modalidades de danos emergentes e lucros cessantes, enquanto que Luiz Carlos Buchain (2006, p. 165/168) reconhece a possibilidade de pleitear danos morais em razão de infrações anticoncorrenciais.

Europeia realçam o princípio da reparação integral, o qual abarca as duas modalidades de danos mencionadas.

Com relação aos danos morais, Buchain (2006, p. 165) destaca que é plenamente possível a indenização decorrente dessa modalidade de dano por condutas anticoncorrenciais, uma vez que a matéria está insculpida no texto constitucional e que não há quaisquer restrições legais a esse direito. Dentro desse contexto, Buchain (2006, p. 167) exemplifica a seguinte situação que geraria direito à indenização moral e patrimonial pela vítima:

Interrupção ou redução injustificada, pela empresa A, de matéria-prima essencial à produção de bens de consumo pela empresa B, e que vinha sendo regulamentemente fornecida, de tal forma que a esta última torna-se impossível cumprir as entregas já contratadas com seus distribuidores. A conduta ilícita de A, considerada de forma una e indivisível, provocará em B danos patrimoniais (dano emergente representado pela perda da venda contratada e lucro cessante representado pela diminuição ou paralisação das atividades produtivas) quanto danos não-patrimoniais, dano esse vinculado à credibilidade da empresa no mercado, à manutenção da imagem e à confiabilidade no cumprimento dos contratos, os quais restam maculados tanto pela interrupção quanto pela descontinuidade nas entregas, ilicitamente provocadas pela empresa A.

Embora tal hipótese não se refira à prática de cartéis, ela se mostra interessante na medida em que demonstra a efetiva possibilidade de haver reparação por danos morais no campo do direito antitruste. Os danos não patrimoniais sofridos pela empresa B, no exemplo trazido pelo autor, poderiam ter decorrido de um acordo de preços entre concorrentes em um patamar tão excessivo que inviabilizasse a aquisição dos bens cartelizados pelo mercado a jusante.

Uma vez caracterizadas as modalidades de dano decorrentes da uma prática anticoncorrencial, é imprescindível aferir a extensão dos prejuízos incorridos pelos agentes econômicos a fim de que seja possível chegar ao valor da condenação a ser imposta ao responsável pelas infrações antitruste. Por certo, um dos pontos mais delicados da responsabilização civil refere-se justamente ao cálculo das indenizações, tendo em vista os obstáculos para obtenção de informações de mercado dos infratores e a falta de conhecimento técnico econômico no âmbito judiciário (MATION, 2008, p. 59).

Conforme pontuado no estudo conduzido pelo OECD este ano (2015, p. 16), algumas jurisdições, considerando as dificuldades das vítimas em quantificar os danos incorridos, introduziram algumas regras específicas para mitigar o nível de prova exigido para o cálculo dos prejuízos decorrentes de um ilícito antitruste. Uma solução adotada envolve a ampliação dos poderes dos Tribunais para estimar a totalidade dos danos, contanto que a vítima tenha envidado significativos esforços para comprovar seus argumentos. Tal solução fundamenta-se no princípio geral de efetividade das ações judiciais, segundo o qual, uma vez estabelecido que a vítima incorreu em danos em razão das condutas anticoncorrenciais, o Poder Judiciário não pode simplesmente se dispensar de

fixar uma indenização porque a vítima não provou precisamente a totalidade das perdas que sofreu. Outras jurisdições introduziram a presunção relativa de que em casos de cartel, haveria um aumento de preços em uma proporção predeterminada, o que auxiliaria bastante a tarefa dos juízes.

De qualquer forma, não é objeto do presente estudo examinar as diversas teorias e critérios para estimar os danos causados às vítimas da infração concorrencial, uma vez que essa análise já foi realizada em diversos outros artigos. O que se pretende analisar é: uma vez estimados os danos decorrentes da prática colusiva, em qual proporção as vítimas serão indenizadas? Tal questionamento apresenta respostas diferentes, dependendo da jurisdição analisada.

No direito norte-americano, o *Clayton Act* prevê, na Seção 4, que uma vez estimados os danos incorridos em razão da infração anticoncorrencial, a vítima terá direito a receber o valor aferido multiplicado por 3 (três), o que corresponderia aos chamados *treble damages*. Segundo Cavanagh (2010, p. 629) este multiplicador constitui peça essencial do sistema de responsabilização civil norte-americano por ilícito antitruste e foi instituído de forma a assegurar a efetiva punição e dissuasão de condutas anticoncorrenciais, uma vez que os recursos do governo para este fim eram limitados. Com efeito, segundo Baker (2004, p. 382), o chamado *treble damages* serviria como um incentivo para o ingresso de ações de indenização privada enquanto a esfera pública não estivesse consolidada⁶¹.

No Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a reparação devida às vítimas é calculada na mesma proporção do efetivo prejuízo incorrido, sem a adição de qualquer multiplicador (FRANCISCO, 2014, p. 83)⁶². Conforme assinala Francisco (2014, p. 83), a função primordial da indenização privada é compensar os danos sofridos pela vítima, sendo que a punição do infrator seria um efeito meramente accidental da ação antitruste privada.

Vale deixar registrado o posicionamento de Martinez e Tavares (2013, p. 4) no sentido de que as vítimas prejudicadas pela infração anticoncorrencial poderiam requerer o pagamento de indenização duplicada com fundamento no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”⁶³ Todavia, como assinalado pelas autoras, não se tem conhecimento de nenhuma decisão judicial reconhecendo tal possibilidade.

⁶¹ Dentro desse contexto, Baker (2004, p. 382) questiona se a regra do *treble damages* deve continuar incidindo, obrigatoriamente, sobre todas as infrações anticoncorrenciais, tendo em vista que os Estados Unidos atualmente contam com um sistema administrativo de combate aos cartéis muito bem estruturado.

⁶² Vale notar que o projeto de lei que alterava a Lei n. 8.137/90, a Lei 8.666/93 e a Lei n. 8.884/94, referente à Consulta Pública n. 17/2011, propunha a alteração do artigo 29 da Lei n. 8.884/1994 para permitir que autores de ações privadas busquem o ressarcimento em dobro dos prejuízos causados pelos participantes do cartel, salvo aqueles que tenham assinado acordos de leniência, cuja responsabilidade seria limitada aos prejuízos causados. Todavia, como já foi indicado, tal projeto de lei não prosperou. Informações obtidas no website oficial do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53e637c252c75ca772df70c69da0>.

⁶³ Esse dispositivo claramente estabelece uma situação em que a função sancionatória da responsabilidade civil é evidente, consistindo o dano punitivo em uma forma da penalidade privada. Neste trabalho de monografia, optou-se por não entrar no mérito acerca dos eventuais componentes punitivos da

Com relação à União Europeia, observa-se que o sistema de execução privada da lei concorrencial é primordialmente reparatório e complementar ao âmbito administrativo, sendo que únicos países que admitem danos punitivos são Inglaterra, Irlanda e Chipre (CAIXETA, 2013, p. 94). As Diretrizes da União Europeia, no artigo 3º, estabelecem que o direito à reparação integral não pode resultar em uma indenização excessiva, na forma de danos múltiplos ou punitivos⁶⁴. No que tange à quantificação dos danos, dispõe-se que os Estados-membros não devem impor um ônus excessivo sobre as partes prejudicadas para comprovar a extensão dos danos incorridos, visto que este encargo tornaria praticamente impossível o exercício do direito à reparação integral. Nesse sentido, as referidas Diretrizes da União Europeia estabelecem que os Tribunais locais devem se capacitar para estimar a totalidade dos prejuízos sofridos, sem descartar a possibilidade de auxílio por parte das autoridades antitruste nesta tarefa.

O objetivo do presente tópico foi apenas indicar mais uma das dificuldades envolvidas nas ações de indenização privada, qual seja, a identificação dos prejuízos incorridos pelas vítimas e a sua quantificação no âmbito judiciário. As funções a serem desempenhadas pela indenização, bem como sua relação com a multa administrativa serão analisadas com maiores detalhes no próximo capítulo.

indenização, tendo em vista que a matéria, além de ser bastante complexa, tem mais pertinência no campo das ações civis públicas, e não das ações de indenização privada.

⁶⁴ Vale notar que o Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias (p. 7), ao tratar sobre a definição e a quantificação da indenização nos casos de ilícito antitruste, propunha a indenização em dobro nos casos de cartel, que poderia ocorrer de forma automática, condicional à discricionariedade do Tribunal.

CAPÍTULO 2: A RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA

Na primeira parte deste estudo, o foco recaiu sobre o regime de responsabilização civil no domínio antitruste, com uma análise dos pressupostos e das principais dificuldades deste instituto, sob a perspectiva do direito comparado. Assim, com o embasamento teórico do capítulo anterior, pretende-se examinar, neste tópico, a relação existente entre as esferas civil e administrativa de responsabilização.

É importante salientar, desde logo, que o princípio da independência entre as esferas – expressamente consignado no artigo 47 da Lei n. 12.529/11 – não deve significar o completo distanciamento entre elas. Muito pelo contrário, deve haver um constante diálogo e coordenação entre todos os âmbitos de responsabilização a fim de aprimorar a política de combate aos cartéis. Isso porque, especialmente a responsabilidade civil e a administrativa, embora independentes entre si, se sobrepõem e/ou se complementam em muitos aspectos.

Com efeito, neste capítulo serão abordados 3 (três) pontos em que há uma grande interação entre essas esferas, quais sejam, (i) os efeitos da decisão administrativa na responsabilização civil; (ii) as funções desempenhadas por tais regimes de responsabilização e a compatibilização entre a multa administrativa e a indenização privada; e (iii) a repercussão da responsabilidade civil na efetividade dos programas de leniência.

Dessa forma, pretende-se fomentar uma discussão doutrinária a fim de que Poder Judiciário e as autoridades de defesa da concorrência desenvolvam novas ideias e políticas visando ao equilíbrio ideal entre o *public* e o *private enforcement*⁶⁵.

2.1. Independência entre as esferas e as *follow-on* e *stand alone actions*

Da mencionada independência entre as esferas civil e administrativa, é perfeitamente possível que haja o ingresso de uma ação de indenização privada sem que exista uma investigação em curso no âmbito público – que seriam as chamadas *stand alone actions* – ou, ainda, sem que haja uma decisão condenatória final, embora já tenha sido instaurado um processo administrativo pelo órgão

⁶⁵ O *private enforcement*, a responsabilização civil em âmbito privado, é a nomenclatura atribuída pelas doutrinas americana e europeia quando os agentes privados aplicam as normas de defesa da concorrência, em contraposição ao *public enforcement*, que diz respeito aos esforços dos agentes públicos na aplicação das mencionadas normas (GÂNDARA, 2011a, p. 19).

antitruste⁶⁶. Neste tópico, pretende-se examinar as dificuldades e desvantagens que envolvem tais ações, especialmente se comparadas às demandas ajuizadas após a prolação de uma decisão pelo órgão de defesa da concorrência⁶⁷.

Conforme já foi discutido neste trabalho, um aspecto problemático das ações de indenização privada no âmbito concorrencial refere-se à dificuldade probatória dos requisitos necessários para a responsabilização civil, quais sejam, a conduta ilícita, a ocorrência do dano, onexo causal e a culpa (GÂNDARA, 2011a, p. 28). Tal dificuldade manifesta-se de maneira ainda mais intensa nas ações independentes, visto que estas não se valem de nenhuma das conclusões alcançadas pelo órgão antitruste. Ou seja, as partes devem, sem qualquer respaldo em uma decisão condenatória administrativa, comprovar a efetiva existência de um acordo anticoncorrencial, além de demonstrar que sofreram prejuízos decorrentes desta conduta ilícita.

Como exemplo prático dessa dificuldade probatória, despontada especialmente nas hipóteses de ações independentes, vale mencionar a ação de indenização privada ajuizada pelo governo de São Paulo contra a Siemens Ltda., signatária do acordo de leniência referente ao cartel em licitações de trens e metrô naquele Estado. Como foi indicado no capítulo anterior, neste caso, embora o acesso ao acordo de leniência e ao Histórico da Conduta tenha sido deferido, a primeira versão da ação não foi admitida, visto que o governo não indicou os prejuízos causados pelas empresas, além de ter citado apenas a multinacional alemã Siemens Ltda. Vale ressaltar que, embora a juíza da 4ª Vara da Fazenda de São Paulo tenha dado prosseguimento ao processo em janeiro deste ano (2015), ela destacou que as emendas à petição inicial continuam descrevendo sem exatidão a quantificação do dano e a participação de cada réu no conluio⁶⁸.

Os órgãos de defesa da concorrência, realmente, são muito mais eficientes em demonstrar a ocorrência de ilícitos contra a ordem econômica, uma vez que dispõem de amplos poderes investigatórios, os quais lhes permitem, por exemplo, realizar buscas e apreensões e firmar acordos de cooperação com outras autoridades antitruste⁶⁹. Essa vantagem do *public enforcement* é notável mesmo nos Estados Unidos, onde os particulares se beneficiam das regras amplamente liberais do *pre-trial discovery* (WILS, 2009, p. 10).

Com relação ao CADE, vale notar que o artigo 13, inciso VI, da Lei n. 12.529/11 confere diversos poderes instrutórios à Superintendência-Geral, como, por exemplo, a requisição de

⁶⁶ Visto que, tecnicamente, as *stand alone actions* se referem às ações ajuizadas pelos particulares sem que haja uma investigação administrativa em curso, será utilizado o termo “ações independentes” para englobar todas as demandas judiciais referentes a um caso de cartel sobre o qual ainda não tenha sido proferida uma decisão final no âmbito do órgão de defesa da concorrência.

⁶⁷ Para os fins deste presente tópico, será utilizada a expressão *follow on actions* para se referir àquelas ações de indenização privada ajuizadas apenas após a prolação de uma decisão final pelo órgão antitruste.

⁶⁸ Informações obtidas no website: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral/juiza-abre-acao-de-alkmin-contra-cartel-dos-trens,1619992>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

⁶⁹ Esse entendimento é trazido por diversos autores: P.J Wouter Wils (2009, p. 10); A. Komminos (2006, p. 7); Michael Harker e Morten Hviid (2006, p. 4).

informações e documentos em posse de terceiros; a realização de inspeção nos estabelecimentos das empresas investigadas; a requisição ao Poder Judiciário de mandado de busca e apreensão, entre outros⁷⁰.

Em que pese as *follow-on actions* comumente sejam menos custosas aos litigantes particulares, essa economia processual será variável a depender da jurisdição analisada. Isso porque, em alguns países, a decisão da autoridade concorrencial pode ser utilizada como prova conclusiva da infração, o que significa que o particular teria apenas a tarefa de demonstrar o nexo de causalidade e os danos incorridos (HARKER e HVIID, 2006, p. 1/2). De qualquer forma, independentemente de a decisão administrativa ter efeito vinculativo ou não sobre o Poder Judiciário, as vítimas do ilícito antitruste certamente estarão em uma posição mais vantajosa caso ajuízem uma *follow-on action*, isto é, caso aguardem o término das investigações administrativas para ingressarem no âmbito judicial requerendo a reparação civil.

A existência de um procedimento administrativo prévio pode auxiliar as vítimas de diversas formas. As decisões proferidas pelos órgãos de defesa da concorrência geralmente trazem explicações detalhadas acerca das infrações anticoncorrenciais, incluindo a descrição das empresas envolvidas no conluio, os mecanismos de estruturação do cartel, a duração do ilícito, seu escopo geográfico, entre outros (OECD, 2015, p. 34). E, mesmo na hipótese de essas decisões não serem vinculativas, o Poder Judiciário tende a confiar mais em argumentos econômicos trazidos por uma autoridade antitruste do que por particulares (HARKER e HVIID, 2006, p. 3).

Além disso, uma significativa vantagem das *follow-on actions* é a possibilidade de acesso aos dados obtidos por meio dos poderes investigatórios do órgão antitruste no decorrer do processo administrativo. Tanto Wils (2009, p. 23) quanto Wilsher (2006, p. 44) apontam que uma ação ajuizada antes do término das investigações provavelmente não logrará êxito em acessar esses dados, tendo em vista que qualquer vazamento poderá mitigar a efetividade dos inquéritos conduzidos pelas autoridades de defesa da concorrência. Assim, as *follow-on actions* poderão ser fundamentadas - além da decisão administrativa - em peças processuais, transcrições de depoimentos e outros documentos que se revelarem úteis às vítimas (WILSHER, 2006, p. 39).

Outra grande dificuldade das ações independentes⁷¹ diz respeito à falta de especialização do Poder Judiciário para lidar com questões concorrenciais⁷². Conforme leciona Luiz Carlos Buchain (2006, p. 122):

⁷⁰ O Regimento Interno do CADE, no “Capítulo II – Das Informações e dos Poderes Instrutórios” regulamenta com mais detalhes essa matéria.

⁷¹ Essa dificuldade, na verdade, está presente em qualquer ação de indenização privada decorrente de ilícito antitruste. Todavia, ela é ainda mais sobressalente nas hipóteses de ações independentes, visto que o Poder Judiciário deve, sem qualquer amparo em argumentos do órgão antitruste, concluir pela existência ou não de uma infração contra a ordem econômica.

⁷² Vale registrar o entendimento de Edward Cavanagh (2010, p. 645), referente ao contexto norte-americano, no sentido de que não há dados fundamentando a posição de que o âmbito judicial seja inepto em questões antitruste. Pelo contrário, o autor indica que o Poder Judiciário tem se mostrado muito efetivo.

há uma falta de familiaridade dos magistrados relativamente a matéria concorrencial, especialmente nos aspectos econométricos, ou seja, a análise de dados estatísticos que medem as grandezas econômicas, pois o vigente sistema legal de defesa da concorrência foi implantado no país em anos recentes, o que resulta na falta de divulgação e recepção da cultura concorrencial pela comunidade jurídica.

De fato, a exigência de conhecimentos do ramo concorrencial nos concursos para juiz federal só foi instituída em 2008, pela Resolução n. 41 do Conselho de Justiça Federal. Assim, mesmo que a parte consiga juntar diversas evidências plausíveis, os juízes, na grande parte das vezes, não dispõem de suficiente domínio sobre a matéria para avaliar de forma criteriosa os argumentos dos litigantes.

A participação da autoridade antitruste e/ou outros especialistas nos processos judiciais pode ser fundamental para fornecer conhecimento técnico sobre o caso, mitigando a falta de familiaridade dos juízes com o direito concorrencial (MATION, 2008, p. 69)⁷³. Dentro desse contexto, as Diretrizes da União Europeia estabelecem, em seu artigo 17, que os Estados-membros devem assegurar que, em ações de indenização decorrentes de ilícitos antitruste, as autoridades de defesa da concorrência, quando apropriado, auxiliem o Poder Judiciário na estimação dos prejuízos incorridos pela parte litigante.

Todavia, vale registrar o entendimento de Dan Wilsher (2006, p. 32) no sentido de que se deve atentar para os riscos relativos à independência judicial, ou seja, autoridades antitruste e/ou outros especialistas não podem ditar o resultado dos casos, visto que a decisão final caberia unicamente aos juízes.

É importante salientar que a participação do CADE nos litígios judiciais ocorre, em regra, apenas após prolação da decisão condenatória final (MATION, 2008, p. 69). Isso porque, conforme indica o ex-Conselheiro do CADE, Roberto Pfeiffer:

pode ocorrer que tais práticas já estejam sendo objeto de investigação em processo administrativo previamente instaurado. Nesta hipótese, a intervenção do CADE no pólo ativo poderia ser interpretada como um reconhecimento do caráter ilícito da prática investigada, o que equivaleria a um prejulgamento da matéria. Em virtude desse específico aspecto deletério, é que o Conselho tem sistematicamente optado por não intervir no feito na qualidade de co-autor ou assistente do autor enquanto não houver julgado o eventual processo administrativo correlato⁷⁴.

⁷³ O próprio Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias reconhece que a participação de um especialista nos processos judiciais ora em comento poderia resultar em economia de recursos. No entanto, sugere-se que os especialistas sejam indicados pelos próprios juízes a fim de reduzir eventual multiplicidade de pareceres técnicos conflitantes, a depender do ponto de vista de cada cliente (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2005, p. 11). Destaca-se que, de acordo com Dan Wilsher (2006, p. 32), deveria haver claras orientações dispendo sobre quando a intervenção das autoridades antitruste seria permitida e qual o valor de prova ela teria. O autor sugere que essa intervenção seja limitada a três hipóteses: (i) casos em que fosse necessário assegurar que os juízes não negligenciassem argumentos essenciais; (ii) casos em que a parte contestar as políticas e diretrizes das autoridades concorrenciais; e (iii) casos que envolvessem significativos prejuízos econômicos.

⁷⁴ PFEIFFER, Roberto. "Tutela Coletiva da Livre Concorrência". Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003. p. 242-243.

Daí infere-se outra vantagem das *follow-on actions* se comparadas às ações independentes: a possibilidade de intervenção do CADE para auxiliar no julgamento da matéria pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, embora as *follow-on actions* aparentem ser muito mais benéficas do que as ações independentes⁷⁵, o Poder Judiciário não pode simplesmente se negar a admitir uma demanda judicial ajuizada pela vítima de uma infração anticoncorrencial apenas por não haver uma decisão final no âmbito administrativo. Isso porque, além de o artigo 47 da Lei n. 12.529/11 expressamente assinalar que o ingresso das ações de indenização privada independe da existência de inquérito ou processo administrativo em curso, a Constituição Federal preconiza o princípio da inafastabilidade de jurisdição em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, o desenvolvimento de uma política de estímulo às *follow-on actions* poderia ser extremamente útil para que a possibilidade de ingressar com ações independentes permaneça apenas no campo teórico. Para isso, poderia haver um incentivo para que as eventuais vítimas de condutas anticompetitivas, em vez de ajuizarem, desde logo, uma ação independente, apresentarem uma representação ao CADE sobre a existência de indícios à ordem econômica. Essa possibilidade está prevista na Lei de Defesa da Concorrência, na medida em que o artigo 66, §1º estabelece que o inquérito administrativo poderá ser instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado⁷⁶. Assim, essa atuação privada por meio da esfera administrativa poderá ser especialmente eficiente para promover a investigação de ilícitos antitruste – investigação esta que pode ser fundamental para embasar as ações de indenização privada ajuizadas após a prolação da decisão condenatória.

No entanto, para que as partes optem por representar ao CADE antes de ajuizar as ações de indenização, é necessário que haja uma expectativa de que as investigações e a decisão final condenatória serão de grande utilidade. Em outras palavras, se as vítimas da conduta anticompetitiva entenderem que o processo administrativo conduzido pela autoridade antitruste não será tão proveitoso, dificilmente elas preferirão aguardar todo o trâmite da esfera pública para serem reparadas civilmente.

Dentro desse contexto, nota-se que, muito embora as decisões proferidas pelos órgãos de defesa da concorrência tragam explicações detalhadas acerca das infrações (OECD, 2015, p. 14), tais decisões geralmente são de pouca serventia para estimar os danos incorridos (VELJANOVSKI, 2007,

⁷⁵ Vale deixar registrado a posição de Michael Harker e Morten Hviid (2006, p. 4) no sentido de que o incentivo às ações independentes seria muito mais interessante para o ambiente concorrencial, pois estas corroboram para a revelação de informações confidenciais pelas vítimas, o que resultaria na descoberta de novas infrações anticoncorrenciais e no conseqüente aumento do grau de dissuasão dessas condutas.

⁷⁶ O Regimento Interno do CADE, em seu artigo 138, estabelece que “a representação deverá ser acompanhada da documentação pertinente e conter a descrição clara, precisa e coerente dos fatos a serem apurados e a indicação dos demais elementos que forem relevantes para o esclarecimento do seu objeto”.

p. 10)⁷⁷. Na realidade, a Lei de Defesa da Concorrência brasileira⁷⁸ dispõe que as infrações à ordem econômica independem da produção de efeitos danosos, isto é, basta que elas tenham por objeto ou possam produzir tais efeitos para que as empresas sejam condenadas administrativamente. Isso significa que na decisão final condenatória, o CADE, em tese, não precisaria analisar nem tampouco comprovar que as condutas anticompetitivas resultaram em prejuízos aos agentes econômicos do mercado.

Além disso, mesmo quando as decisões administrativas possam trazer informações relevantes para os agentes econômicos que pretendem ingressar com demandas judiciais reparatórias, a versão pública dessas deliberações geralmente possui muitas partes tarjadas para assegurar os direitos de confidencialidade dos envolvidos no procedimento (OECD, 2015, p. 34). Assim, para incentivar as partes a representar ao CADE antes de ajuizar as ações de indenização, seria interessante que as decisões fossem publicadas com mais celeridade e incluindo maiores detalhes sobre a infração na versão pública para que as vítimas possam utilizar esses dados nas *follow-on actions* (OECD, 2015, p. 34).

Além da publicação de decisões mais detalhadas, as autoridades de defesa da concorrência poderiam, de forma proativa, enviar dados aos agentes econômicos prejudicados para que estes, quando considerarem apropriado, demandem a reparação civil no âmbito judicial. Em 2010, o CADE, pela primeira vez, incluiu na decisão acerca do cartel de gases industriais⁷⁹ uma determinação para que uma cópia da decisão fosse enviada às vítimas da infração, de forma que estas pudessem requerer a reparação pelas perdas incorridas (MARTINEZ e TAVARES, 2013, p. 3).

O CADE adotou essa mesma postura no caso do cartel em procedimentos licitatórios para fornecimento de portas de segurança detectoras de metais (“PSDM”)⁸⁰, julgado no final de 2014, no qual o conselheiro relator, Gilvandro Araújo, determinou a remessa do voto ao Banco do Brasil, um dos prejudicados pela infração anticoncorrencial, para adoção das medidas que julgar cabíveis. Além disso, o conselheiro relator solicitou ao Departamento de Estudos Econômicos do CADE um estudo sobre a estimativa de sobrepreço no valor das PSDM cobrado em licitações, e consignou em seu voto que:

o estudo chegou à conclusão de que a atuação do cartel foi responsável por uma majoração estimada de preços de R\$ 3.770,00 (três mil, setecentos e setenta reais) por unidade do

⁷⁷ No estudo desenvolvido por Cento Veljanovski (2007, p. 10), assinalou-se que em quase todas as decisões da Comissão Europeia referentes a casos de cartel, desde 1999, nenhum esforço foi envidado para estimar a proporção do sobrepreço imposto sobre os bens cartelizados.

⁷⁸ “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.”

⁷⁹ Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70.

⁸⁰ Processo Administrativo n. 08012.009611/2008-51.

produto, o que significa um sobrepreço de 25%. Nesse sentido, o prejuízo estimado para o órgão licitador, só em relação à Licitação nº 192591, seria de aproximadamente R\$ 188.500,00 (cento e oitenta e oito mil e quinhentos reais), a preços de 2002, quando ocorreu o certame. Tal valor permitiria ao Banco do Brasil, na ausência de ilícito anticompetitivo, equipar, pelo menos, mais 13 agências bancárias com PSDM⁸¹.

Essa iniciativa de estimar o sobrepreço dos bens cartelizados é extremamente útil para incentivar as vítimas de infrações anticoncorrenciais a aguardarem o encerramento do processo administrativo para ajuizar as devidas ações de indenização privada.

Outra possibilidade, um pouco mais problemática, para incentivar as *follow-on actions* em contraposição às ações independentes, seria instituir um efeito vinculativo das decisões das autoridades de direito da concorrência. Esse efeito atribuiria à decisão condenatória administrativa o status de prova incontestável da ocorrência do ilícito, ou seja, a decisão acerca da existência e caracterização da infração concorrencial seria aproveitada no campo de responsabilidade civil concorrencial, cabendo ao interessado somente demonstrar o dano sofrido, nexos de causalidade e a culpa ou o dolo.

Além de incentivar as *follow-on actions*, este efeito vinculativo também reduziria o risco de um possível conflito entre a decisão administrativa e a judicial no que tange ao reconhecimento da infração concorrencial. Vale notar que a possibilidade de decisões controversas entre as esferas civil e pública não se restringe ao campo teórico. Com efeito, no caso do cartel dos genéricos⁸², o CADE condenou os laboratórios farmacêuticos pela prática de um ilícito antitruste, visto que estes agentes realizavam encontros com o propósito de dificultar a entrada de medicamentos genéricos no mercado farmacêutico nacional. Apesar desse entendimento do CADE, a ação civil pública ajuizada com o intuito de responsabilizar civilmente os infratores foi julgada improcedente, em razão principalmente da não ocorrência de um ilícito civil e da ausência de comprovação dos danos⁸³ (MARTINEZ e TAVARES, 2013, p. 3).

A proposta de conceder o status de coisa julgada à matéria decidida pelo órgão antitruste seria muito interessante sob o ponto de vista da segurança jurídica e da economia processual, “evitando-se a repetição de processos e instrumentos probatórios em diferentes níveis de competência” (BUCHAIN, 2006, p. 126). De fato, a duplicação do exame das questões fáticas e jurídicas resulta em significativos custos processuais, excessivo dispêndio de tempo, além de impor o ônus probatório do ilícito concorrencial sobre os supostos prejudicados (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 6). Em termos de racionalidade processual, quer parecer que não há

⁸¹ Tal passagem encontra-se na página 72 do Voto do conselheiro Gilvandro Aratijo, equivalente à folha 189 dos autos públicos.

⁸² Processo Administrativo n. 08012.009988/1999-48.

⁸³ Conforme indica Gândara (2011a, p. 26), não há dados disponíveis referentes à eventual interposição de recursos, visto que o processo está tramitando sob sigilo de justiça.

motivos pelos quais as vítimas devam comprovar novamente, perante o Poder Judiciário, aquilo que a autoridade antitruste já estabeleceu, especialmente considerando a especificidade do tema concorrencial e a falta de familiaridade dos juízes com essa matéria.

Nos Estados Unidos, a Seção 5(a) do *Clayton Act* prevê que a decisão final reconhecendo a ocorrência de violação da legislação antitruste por determinado agente econômico será considerada elemento de prova *prima facie* em eventuais ações ajuizadas contra aquele agente (BAKER, 2004, p. 388). Kauper e Snyder (1986, p. 1168) destacam que, embora o significado de *prima facie* seja impreciso, tal dispositivo certamente confere vantagens aos litigantes particulares.

No que concerne ao direito europeu, nota-se que em 2000, a Comissão Europeia manifestou o entendimento, no caso *Masterfoods*⁸⁴, de que os tribunais locais não poderiam proferir decisões, em relação aos mesmos acordos ou práticas anticompetitivas, que fossem contrárias aos posicionamentos emanados pela Comissão Europeia (WILSHER, 2006, p. 33). Essa jurisprudência foi posteriormente positivada no artigo 16 do Regulamento n. 1/2003 da Comissão Europeia, com o fito de uniformizar a aplicação do direito antitruste comunitário.

No entanto, de acordo com o caso *Masterfoods* e com o dispositivo legal do Regulamento n. 1/2003, a vinculação do Poder Judiciário à esfera administrativa só seria aplicável quanto às deliberações da Comissão Europeia (WILSHER, 2006, p. 33)⁸⁵. Em outras palavras, não haveria o efeito vinculativo entre os órgãos locais de defesa da concorrência e o âmbito judicial, salvo se houvesse legislação local específica trazendo esta previsão. No estudo conduzido pela OECD em 2015, verificou-se que os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros diferem bastante quanto a essa questão. Em 16 (dezesesseis) Estados-membros, as decisões das autoridades locais antitruste não possuem qualquer efeito vinculativo, enquanto que nos demais 10 (dez) Estados-membros, elas são vinculantes (OECD, 2015, p. 18).

No Livro Branco da Comissão das Comunidades Europeias, sugeriu-se que o Poder Judiciário de cada Estado-membro, ao julgar uma ação de indenização privada decorrente de infração antitruste, considerasse tanto as decisões da Comissão Europeia, quanto as decisões dos órgãos antitruste locais como provas incontestáveis da ocorrência do ilícito (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 6). Com essa orientação, as Diretrizes da União Europeia estabeleceram, no artigo 9º, que os Estados-membros devam assegurar que uma violação da legislação antitruste reconhecida por uma autoridade local de defesa da concorrência seja acolhida como evidência

⁸⁴ C-344/98 *Masterfoods Lrd v. HB Ice Cream Ltd.* [2000] ECR I-1369.

⁸⁵ O fundamento para esse entendimento seria a significativa deferência à Comissão Europeia pelos Estados-membros, considerando que o direito antitruste sempre foi visto como um fator de integração da União Europeia.

irrefutável da ocorrência da infração para os propósitos de uma demanda judicial requerendo reparação civil.

No Brasil, vigora o modelo legal de natureza autônoma, em que as esferas civil e administrativa correm de forma independente, sendo perfeitamente possível que o Poder Judiciário admita ou não a ocorrência de uma infração anticoncorrencial bem como acolha ou não pedido indenizatório privado, à revelia do processo administrativo, esteja este julgado ou não (BUCHAIN, 2006, p. 124) – hipótese esta que de fato ocorreu no caso do cartel dos genéricos. Essa independência entre as esferas, como já comentado, é expressamente prevista no artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência e significa que, em princípio, não há nenhuma relação hierárquica entre os dois âmbitos de responsabilização.

Há, na verdade, um impedimento constitucional para a instituição formal do efeito vinculativo das decisões condenatórias administrativas, visto que o artigo 5º, inciso XXXV expressamente assegura a garantia de livre apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça de direito (BUCHAIN, 2006, p. 127). Instituir uma regra de supremacia à esfera pública também seria problemática por esbarrar nos princípios da separação dos poderes e da independência judicial (KOMMINOS, 2006, p. 16). Nesse sentido, embora o efeito vinculativo apresente inúmeras vantagens – economia de recursos e eficiência processual, segurança jurídica, julgamento por um órgão especializado – não é possível implementar esse modelo sem uma prévia reforma constitucional (BUCHAIN, 2006, p. 127).

De qualquer forma, a deferência informal às decisões condenatórias proferidas pelo CADE não significaria a supremacia do âmbito administrativo frente ao judicial, mas apenas refletiria o princípio da economia de recursos e o reconhecimento de que um órgão altamente especializado no assunto já analisou de forma criteriosa as eventuais condutas anticompetitivas. Para que este respeito às deliberações do CADE seja estabelecido, é interessante que sejam promovidos debates integrando as duas searas de responsabilização por ilícito antitruste, a fim de que se desenvolva uma efetiva discussão doutrinária sobre a temática.

a) A prescrição

Neste tópico, foram enunciadas diversas vantagens das *follow-on actions* em contraposição às ações independentes, bem como foram sugeridas algumas medidas para incentivar que as vítimas de

infrações anticoncorrenciais efetivamente preferam aguardar o trâmite do processo administrativo antes de ingressar no Poder Judiciário requerendo a reparação civil.

No entanto, essas medidas não terão qualquer eficácia caso as ações privadas já estejam prescritas ao tempo da condenação administrativa pelo CADE. Isso porque o prazo prescricional para o ajuizamento de ações buscando a reparação civil por danos seria, de acordo com o Código Civil em vigor, de 3 (três) anos, contados, em princípio, da data do evento danoso, sendo que os processos administrativos que investigam as condutas anticoncorrenciais possuem duração média de 9 (nove) anos (GÂNDARA, 2011a, p. 42).

Nos Estados Unidos, esse problema é tratado na Seção 5(i) do *Clayton Act*, a qual dispõe que o prazo prescricional será suspenso durante a pendência de um processo administrativo relacionado à infração anticoncorrencial e por 1 (um) ano adicional após o término das investigações, caso a ação de indenização privada venha a ser fundamentada no caso tratado pelo órgão de defesa da concorrência (KAUPER e SNYDER, 1986, p. 1166). A legislação federal norte-americana também prevê que o prazo prescricional não correrá enquanto a violação não for descoberta, desde que seja comprovado que (i) os infratores dolosamente ocultaram a conduta anticompetitiva; e que (ii) a parte prejudicada empenhou-se de forma razoável para tentar descobrir a infração, dadas as circunstâncias (OECD, 2015, p. 21).

De forma similar, as Diretrizes da União Europeia estabelecem, no artigo 10, que o prazo prescricional será suspenso ou, dependendo da lei local, interrompido, caso uma autoridade de defesa da concorrência instaure uma investigação ou um processo em relação à infração anticompetitiva da qual a ação de indenização privada venha a decorrer. O prazo prescricional voltaria a correr um ano após a decisão final condenatória da autoridade antitruste.

O Brasil, por sua vez, não dispõe de qualquer dispositivo específico regulamentando a prescrição das ações de indenização privada decorrentes de uma infração à ordem econômica. Dessa forma, se a regra geral do Código Civil⁸⁶ fosse seguida, a partir da violação da norma concorrencial, nasceria para os prejudicados a pretensão de reparação, que se extinguiria, pela prescrição, no prazo de 3 (três) anos.

No entanto, seria completamente ilógico considerar que o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da ação antitruste privada fosse a efetiva violação do direito concorrencial – ou seja, no caso de cartéis, quando os acordos anticompetitivos fossem firmados entre os concorrentes – visto que, em muitos casos, tais condutas levam anos para serem descobertas. Dessa forma, André Marques Francisco (2014, p. 117/119) destaca o posicionamento que vem sendo solidificado pelo

⁸⁶ O artigo 189 do Código Civil dispõe que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos. 205 e 206”. Por sua vez, o artigo 206, §3º, inciso V estabelece que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil.

Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no sentido de que o termo inicial para a fluência do prazo prescricional seria o momento em que o titular da pretensão toma ciência inequívoca da violação ao direito e da extensão de seus efeitos.

Com essa orientação, o prazo prescricional para o ingresso das demandas judiciais requerendo a reparação civil em decorrência de um ilícito antitruste somente começaria a correr na data em que os prejudicados tivessem ciência inequívoca da existência da infração à ordem econômica e de seus efeitos, o que ocorreria apenas após o término da investigação administração, com a publicação da decisão do CADE (FRANCISCO, 2014, p. 119).

André Marques Francisco (2014, p. 120/123) ressalta a particularidade do caso dos cartéis, visto que tais infrações são também tipificadas como crimes contra a ordem econômica pelo artigo 4º da Lei n. 8.137/90. Essa observação é de suma relevância, uma vez que o artigo 200 do Código Civil expressamente consigna que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.” Em outras palavras, “em se tratando de pretensão à reparação civil por prejuízos causados por ilícito penal, suspende-se a fluência do prazo prescricional com a instauração da investigação criminal (inquérito) até seu desfecho” (FRANCISCO, 2014, p. 121).

Pelo exposto, verifica-se que, de acordo com a interpretação do Código Civil pelo STJ, a tese de ocorrência de prescrição não impediria o desenvolvimento das *follow-on actions*, visto que (i) o prazo prescricional para o ingresso das ações de indenização privada seria de 3 (três) anos, a contar da data da ciência inequívoca dos prejudicados acerca da infração anticoncorrencial – o que ocorreria com a publicação da decisão do CADE; e que (ii) nos casos de cartel (ou de outro ilícito antitruste tipificado como crime), o transcurso do prazo prescricional estaria suspenso até definição da investigação da conduta no âmbito criminal (FRANCISCO, 2014, p. 123).

2.2. A relação entre as funções desempenhadas pelo *public* e pelo *private enforcement*

No primeiro capítulo deste trabalho, ao examinar as formas de compensação e quantificação dos danos, já se introduziu qual seria a relação entre as funções desempenhadas pela responsabilização civil e a proporção em que as vítimas seriam indenizadas por infrações à ordem econômica. No presente tópico, pretende-se desenvolver uma análise mais minuciosa acerca dos

papéis desempenhados pelo *public* e pelo *private enforcement* no domínio antitruste, bem como sobre a compatibilização da multa administrativa com a indenização privada.

No que tange à política de combate aos cartéis, é possível afirmar que o sistema de defesa da concorrência desempenha três funções essenciais, quais sejam, (i) função educativa; (ii) função reparatória/compensatória; e (iii) função repressiva/punitiva⁸⁷.

A função educativa buscaria promover uma maior proliferação do conhecimento sobre a matéria concorrencial por empresários e consumidores, e seria influenciada pela “clareza da jurisprudência antitruste acerca da aceitação ou reprovação de determinadas condutas à luz do ordenamento concorrencial” (FRANCISCO, 2014, p. 37), bem como por outros meios de difusão da cultura da concorrência.

A função reparatória ou compensatória possibilitaria o alcance da justiça corretiva, uma vez que os infratores seriam obrigados a reparar/compensar as vítimas que sofreram as consequências da violação anticoncorrencial (WILS, 2009, p. 5). Conforme ensina Bruno Oliveira Maggi (2010, p. 187), a expressão “reparação” seria a mais adequada para se referir aos prejuízos materiais, visto que é possível reconstruir ou substituir o bem lesado, enquanto que caberia o termo “compensação” para os prejuízos morais, haja vista ser impossível restabelecer a situação anterior.

Por fim, a função repressiva/punitiva diz respeito à punição do responsável por infrações à ordem econômica, de forma que este e outros agentes do mercado sejam desencorajados a praticar novas ilicitudes (KOMMINOS, 2006, p. 9). Assim, este atributo dissuasório do sistema de defesa da concorrência almejaria encontrar um ponto ótimo de sanção, o qual asseguraria que a prática do ilícito antitruste não resultasse em lucros para o infrator e que novos delitos não fossem cometidos (FRANCISCO, 2014, p. 45).

Todas essas funções podem ser desempenhadas, em maior ou menor grau, pelo *public* e/ou pelo *private enforcement*, a depender da jurisdição analisada. Independentemente do estágio de desenvolvimento dessas frentes de atuação, deve haver uma coordenação entre elas, de forma que sejam evitadas eventuais ineficiências decorrentes da sobreposição de funções entre as duas esferas (CAIXETA, 2013, p. 90).

⁸⁷ Vale destacar que não há um consenso doutrinário acerca das funções desempenhadas pelo sistema de defesa da concorrência. Bruno de Oliveira Maggi (2010, p. 179-196), ao discorrer sobre os papéis desempenhados pela indenização, elenca as funções reparatória, preventiva e punitiva. Nota-se que aquilo que o autor entende por função preventiva – assegurar que todos aqueles que tenham conhecimento do caso se sintam desencorajados a praticar o ilícito sobre o qual a indenização incide – estaria abrangido pela função repressiva/punitiva designada neste trabalho. André Marques Francisco (2014, p. 35) traz uma quarta atribuição a ser desempenhada pelo sistema de defesa da concorrência, qual seja, prevenir a concentração injustificada e artificial do poder econômico. Tendo em vista que o presente trabalho se limita à política de combate aos cartéis, optou-se por não mencionar essa atribuição. Komminos (2006, p. 11), por outro lado, não menciona a função educativa e lista a denominada função cautelar, a qual asseguraria que a conduta ilícita fosse interrompida. Por fim, Wils (2009, p. 5), de forma muito semelhante a este estudo, afirma que a política anticoncorrencial possui três funções: (i) esclarecer e desenvolver a matéria antitruste (que seria equivalente à função educativa); (ii) prevenir as violações à legislação concorrencial por meio de repressão e punição (que seria equivalente à função repressiva/punitiva); e (iii) lidar com as consequências quando ocorressem as infrações, notadamente por meio de reparação/compensação para alcançar a justiça corretiva (que seria equivalente à função reparatória/compensatória).

Como já foi comentado no primeiro capítulo deste trabalho, os Estados Unidos encontram-se em um estágio muito avançado no que tange ao *private enforcement* da legislação antitruste, em razão de, principalmente, ser um dos mais antigos sistemas de reparação de danos decorrentes de ilícito antitruste (GÂNDARA, 2011a, p. 20). Neste país, o regime de responsabilização civil é pautado primordialmente na repressão e punição das condutas anticompetitivas, como se depreende da previsão de *treble damages*, do não acolhimento da *passing on defence* e do não reconhecimento de legitimidade ativa aos compradores indiretos.

A regra do *treble damages*, instituída com o propósito de assegurar a efetiva punição e repressão dessas condutas indesejadas, significaria que, além de o infrator perder todo o proveito financeiro (lucro) decorrente da infração, ele sofreria uma punição de 200% sobre este valor, o que advertiria para os agentes do mercado que o benefício da prática não compensa o risco de ter que incorrer em *treble damages* (CAVANAGH, 2010, p. 629). Vale salientar o entendimento de Lande e Joshua (2008, p. 881/883) no sentido de que o multiplicador não serviria apenas para a função punitiva/repressiva, mas que seria necessário para compensar as vítimas das dificuldades inerentes ao próprio processo judicial, como, por exemplo, a falta de experiência do Poder Judiciário, o excessivo dispêndio de tempo com a causa, e a complexidade para quantificar os danos incorridos.

Como já foi sucintamente explicado no primeiro capítulo, a regra do *treble damages* cria fortes incentivos para que os agentes econômicos investiguem, descubram e ajuízem ações referentes a ilícitos antitruste (CAVANAGH, 2010, p. 629). Além disso, conforme analisa Velkanovski (2007, p. 18), a proposta do multiplicador fundamenta-se no fato de que, como apenas uma proporção dos cartéis é descoberta, o *single damages* – ou seja, a indenização sem a adição do multiplicador – não seria suficiente para garantir um nível ideal de dissuasão. Assim, o multiplicador deveria ser equivalente a $1/d$, em que “d” seria a taxa de detecção dos cartéis. Nos Estados Unidos, fixou-se, para este propósito, que a taxa é de $1/3$ (um terço), e, por isso, o multiplicador equivale a 3 (três).

Por fim, o multiplicador também seria importante, pois, teoricamente, o *single damages* corresponde aos prejuízos incorridos pela parte litigante, e não aos lucros ilícitos do infrator. Assim, considerando que nem todos os prejudicados se dispõem a ingressar na Justiça, o *treble damages* tornaria extremamente improvável que a conduta do responsável pela infração concorrencial continuasse lucrativa (CAVANAGH, 2010, p. 629).

Wils (2009, p. 17) assinala que essa política de combate aos cartéis vigente nos Estados Unidos seria denominada de *deterrence approach*, em que as ações de indenização privada teriam a mesma função repressiva/punitiva do *public enforcement*. Este modelo foi claramente pensado para que “a atuação privada na investigação e persecução dos ilícitos antitruste fosse suficiente para coibir a parcela mais representativa dos ilícitos antitruste” (FRANCISCO, 2014, p. 58). E, de fato, neste

país, 90% dos casos referentes a infrações anticoncorrenciais são ações privadas (EGER e WEISE, 2007, p. 3). Lande e Joshua (2008, p. 893/894) assinalam que o valor total em condenação das ações privadas é substancialmente maior do que a totalidade das multas administrativas impostas⁸⁸.

Apesar de este modelo de responsabilização civil aparentemente desempenhar de forma satisfatória a função repressiva/punitiva, é evidente que a função compensatória/reparatória fica em segundo plano. Isso porque, além de os compradores indiretos não terem legitimidade para ingressar no Poder Judiciário demandando a reparação civil, não há nenhuma preocupação em identificar se os compradores diretos, únicos legitimados a requerer a indenização privada, foram realmente prejudicados pelos ilícitos antitruste (WILS, 2003, p. 18/19). Assim, enquanto algumas partes enriqueceriam ilicitamente (compradores diretos), outras não seriam recompensadas de nenhuma forma (compradores indiretos) (FRANCISCO, 2014, p. 59).

Vale notar, por fim, que alguns autores têm examinado com certa desconfiança esse modelo do *private enforcement* norte-americano. Baker (2004, p. 382) afirma que a regra do *treble damages* foi instituída pelo Congresso em 1890 a fim de encorajar o ingresso de ações de indenização, tendo em vista a fragilidade do *public enforcement* naquele contexto histórico. Todavia, atualmente, a atuação administrativa norte-americana na política de combate aos cartéis encontra-se bem estruturada: houve intensificação das atividades concorrenciais e da cooperação entre os órgãos públicos, previsão legislativa de altas multas na seara administrativa, bem como de prisões para os participantes de cartéis – fatores estes que são hoje essenciais na repressão e punição de condutas anticompetitivas (BAKER, 2004, p. 382).

De forma muito diferente do contexto histórico norte-americano, quando a responsabilização civil no domínio antitruste foi instituída na Comissão Europeia e no Brasil, estas jurisdições já contavam com “sistemas já estruturados e desenvolvidos, perfeitamente operantes, e já capazes de oferecer uma resposta à demanda social pela defesa da concorrência” (FRANCISCO, 2014, p. 58).

Como assinalado no capítulo anterior, nestas duas jurisdições, além de a reparação devida às vítimas ser calculada na mesma proporção do efetivo prejuízo incorrido, sem a adição de qualquer multiplicador, qualquer agente econômico que se sinta prejudicado pela conduta anticompetitiva pode ingressar no Poder Judiciário requerendo indenização civil. Nesse sentido, ao *public enforcement* caberia a repressão/punição de ilícitos antitruste, enquanto que ao *private enforcement* incumbiria o alcance da justiça corretiva, por meio da compensação e reparação das vítimas (WILS, 2009, p. 15)⁸⁹.

⁸⁸ Conforme assinala Lande e Joshua (2008, p. 893/894), de 1990 a 2007, as multas administrativas fixadas pelo *DOJ Antitrust Division* totalizaram um pouco mais de 4 (quatro) bilhões de dólares, enquanto que na esfera judicial, as indenizações civis ultrapassaram 18 (dezoito) bilhões de dólares.

⁸⁹ Com efeito, o próprio site oficial do CADE indica que esta autarquia desempenha, a princípio, três papéis: (i) preventivo; (ii) repressivo; e (iii) educativo. Informações obtidas em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?86b948d123f80f14e654e7>. Acesso em 5 de outubro de 2015.

Este modelo de divisão de papéis entre os dois âmbitos de responsabilidade é denominado de *separate-tasks approach* por Wils (2009, p. 15).

Com relação à Comissão Europeia, é importante fazer duas observações. Primeiramente, nota-se que o *public enforcement* pode, em alguns casos, exercer a função reparatória/compensatória, notadamente quando impõe ao infrator a obrigação de indenizar vítimas específicas da conduta anticompetitiva, tanto por meio das decisões condenatórias, quanto por meio de acordos informais (KOMMINOS, 2006, p. 9). Além disso, vale ressaltar que o Livro Verde, ao assinalar que o *public* e o *private enforcement* possuem o mesmo papel de dissuadir práticas anticompetitivas proibidas pela legislação antitruste, sugeriu que a Comissão Europeia adotasse o *deterrence approach* (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2005, p. 3)⁹⁰. Todavia, tal perspectiva foi expressamente abandonada no Livro Branco e nas Diretrizes da União Europeia⁹¹.

Em que pese as funções desempenhadas pelo *private* e pelo *public enforcement* aparentemente estejam bem definidas no contexto brasileiro, é importante examinar se essa postura do *separate-task approach* realmente reflete a realidade da política de combate aos cartéis e, caso positivo, se isso é conveniente ou se o modelo em vigor nos Estados Unidos, o *deterrence approach*, poderia ser de alguma forma aproveitado no âmbito brasileiro.

Sem entrar na discussão sobre a possibilidade ou não de reconhecer danos punitivos no âmbito de responsabilização civil do domínio antitruste⁹², observa-se que o modelo em vigor nos Estados Unidos comporta diversas desvantagens no que se refere ao alcance do nível ideal de dissuasão/punição das condutas anticompetitivas.

Segundo André Marques Francisco (2014, p. 45), a sanção ideal, sob a perspectiva de repressão/punição, deveria ser calculada em duas etapas. Na primeira, seria calculado todo o proveito econômico (lucro) decorrente da infração, a fim de que o infrator perca todos os ganhos gerados pelo ato ilícito. Em seguida, para que a sanção efetivamente cumpra com o seu papel punitivo/repressivo, é preciso que incida um multiplicador sobre o valor obtido na primeira etapa. Um estudo desenvolvido pela OECD⁹³ assinala que esse multiplicador é um fator essencial no cálculo das penalidades, uma vez que nem todos os cartéis são descobertos. Assim, o multiplicador seria equivalente ao inverso da taxa de detecção e punição dos acordos anticoncorrenciais e o valor obtido com tal multiplicação seria

⁹⁰ Dentro desse contexto, o Livro Verde inclusive sugeriu que, em caso de cartéis, as indenizações privadas deveriam ser duplicadas (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2005, p. 7).

⁹¹ Como indicado no primeiro capítulo deste estudo, em tais documentos, dispõe-se que a indenização destinada às vítimas dos ilícitos anticoncorrenciais ser calculada na mesma proporção do efetivo prejuízo incorrido.

⁹² Conforme já indicado, neste trabalho de monografia, optou-se por não entrar no mérito acerca dos eventuais componentes punitivos da indenização, tendo em vista que a matéria, além de ser bastante complexa, tem mais pertinência no campo das ações civis públicas, e não das ações de indenização privada.

⁹³ OECD. "REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS". DAFNE/COMP(2002)7. April 9 2002, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em: 25 de Agosto de 2015.

a “sanção ideal”, isto é, aquela penalidade que tornaria a prática da conduta financeiramente desinteressante para o infrator e para qualquer outro agente econômico (FRANCISCO, 2014, p. 45)⁹⁴.

Como já indicado neste tópico, esta é racionalidade do *treble damages* norte-americano, ou seja, instituir uma penalidade – no caso, a indenização privada – em um patamar ideal de dissuasão. Ocorre que o modelo do *deterrence approach*, em vigor nos Estados Unidos, apresenta algumas distorções com relação à teoria da sanção ideal, explicada no parágrafo anterior. O primeiro problema é que, naquele país, o multiplicador incide sobre os prejuízos da vítima que ingressou com o pedido reparatório, e não sobre os ganhos ilícitos decorrentes da infração anticoncorrencial (WILS, 2003, p. 12). Assim, embora a triplicação dos danos incorridos pela vítima possa tornar improvável que o infrator retenha qualquer porcentagem dos lucros ilícitos auferidos com a conduta, o fator de punição/repressão não será, necessariamente, concretizado.

A segunda crítica ao modelo norte-americano diz respeito à fixação do multiplicador 3 (três) para todos os ilícitos anticoncorreciais. Como já foi assinalado neste capítulo, o número 3 (três) seria cabível caso a taxa de detecção dessas infrações fosse de 1/3 (um terço), isto é, caso um em cada três casos de cartel fossem descobertos e condenados. Todavia, estudos indicam que um em cada seis ou sete casos de cartéis que acabam sendo detectados e indiciados (OECD, 2002, p. 3). De toda sorte, o fato é que o multiplicador deveria ser, na realidade, variável, considerando que algumas violações anticoncorreciais são mais difíceis de detectar (o que exigiria um multiplicador maior), enquanto outras são facilmente descobertas (WILS, 2003, p. 12). Assim, é evidente que a fixação do multiplicador ideal como 3 (três) nem sempre reflete as particularidades de cada caso.

Por fim, o *deterrence-approach* manifesta outra desvantagem significativa: tal modelo “deixaria a defesa da concorrência exposta a um grau de incerteza inaceitável – onde a efetividade da repressão estaria condicionada aos interesses da iniciativa privada e à capacidade dos agentes privados de demonstrar os prejuízos sofridos” (FRANCISCO, 2014, p. 66). De fato, como expõe André Marques Francisco (2014, p. 48), seria praticamente impossível assegurar que a penalidade pecuniária atingisse o patamar ideal, uma vez que não se pode determinar quantas ações de indenização privada serão ajuizadas, nem mesmo quantas serão julgadas procedentes. Assim, é extremamente provável que alguns casos resultem em sanções insignificantes, enquanto outros, em sanções superdimensionadas (FRANCISCO, 2014, p. 54).

⁹⁴ Essa teoria da sanção ideal, conforme descrita por André Marques Francisco, foi tratada por diversos autores e estudos. A título de exemplo, veja: (i) OECD. “REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS”. DAF/COMP(2002)7. April 9 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>; (ii) VELJANOVSKI, Cento, The Economics of Cartels. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=975612>; e (iii) HOVENKAMP, Herbert J., Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States (February 9, 2011). University of Iowa Legal Studies Research Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1758751> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1758751>.

Daí decorre a expressiva vantagem do *separate-task approach*, no qual a função punitiva/repressiva está centralizada no âmbito administrativo. Isso porque, além de haver um maior controle sobre o nível da penalidade pecuniária, outras formas de sanção – não pecuniárias – também podem ser aplicadas aos infratores (WILS, 2003, p. 12). De fato, a Lei de Defesa da Concorrência prevê, em seu artigo 37, que os responsáveis por infração à ordem econômica também estão sujeitos a outras penas, tais como: a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; entre outras. Tais penalidades, somadas à sanção pecuniária, certamente reforçam o fator punitivo/repressivo da condenação administrativa.

De toda forma, é importante notar que a opção do legislador nacional no que tange à definição do modelo de *enforcement* das normas concorrenciais não significa completa rigidez quanto às funções desempenhadas pela esfera civil e pública. É evidente que a responsabilização civil, ao aumentar as consequências financeiras negativas impostas ao infrator, também pode complementar a função repressiva/punitiva do *public enforcement* (MATION, 2008, p. 8)⁹⁵.

Todavia, essa parcela pecuniária referente às ações de indenização privada não deve ser considerada, *a priori*, quando do cálculo da multa administrativa⁹⁶. Ou seja, não se deve confiar à esfera civil a função de complementar a penalidade pecuniária já imposta pela autoridade concorrencial. Como pontua Wils (2003, p. 16), caso, sob a perspectiva de punição/repressão, fosse necessária a imposição de um adicional de sanção monetária, isso poderia ser realizado de forma muito mais segura por meio da esfera administrativa. Em outras palavras, segundo André Marques Francisco (2014, p. 83), “a indenização é tratada primordialmente como meio de reparar o dano sofrido pela vítima, e não como instrumento de punição do infrator (esse efeito, aqui, será meramente acidental – uma externalidade positiva da ação antitruste privada).”

Nesse sentido, como já explicado, caberia aos órgãos de defesa da concorrência impor, aos infratores, um “ponto ótimo” de penalidades administrativas. No entanto, embora a esfera pública seja certamente mais habilitada para exercer essa função, a experiência revela que alcançar um patamar ideal de punição é extremamente complicado.

Há dois fatores que influenciam a concretização da função punitiva/repressiva pela esfera administrativa: (i) a previsão de multas satisfatórias nas leis concorrenciais, de acordo com a teoria

⁹⁵ No trabalho elaborado pela Comissão Europeia, dispõe-se que a responsabilização civil contribui para a repressão e punição de cartéis, pois, além de ampliar a penalidade pecuniária, aumenta a probabilidade de detecção dessas condutas anticoncorrenciais, especialmente no caso de *stand alone actions* (EUROPEAN COMMISSION, 2007, p. 62).

⁹⁶ Defende-se essa posição no contexto de ações privadas nas quais pleiteiam-se danos materiais sem a incidência de qualquer multiplicador. É evidente que nas hipóteses de condenações por danos morais – em que há uma polêmica discussão acerca dos danos punitivos – o cenário é distinto e deve-se proceder a uma análise mais cautelosa.

da sanção ideal⁹⁷; e (ii) caso as leis sejam adequadas, a efetiva imposição de multas suficientemente onerosas pelas autoridades de defesa da concorrência (OECD, 2002, p. 40).

Verifica-se, no contexto brasileiro, que a Lei de Defesa da Concorrência, ao dispor sobre a sanção pecuniária, não trata sobre os múltiplos do proveito econômico decorrente da infração. Na realidade, o artigo 37, incisos I, estabelece que a multa a ser aplicável à empresa será variável entre “0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”⁹⁸.

Ocorre que, sem aferir uma estimativa dos ganhos ilícitos auferidos pelo infrator, é impossível saber se o valor máximo da multa administrativa é suficientemente oneroso para contemplar os múltiplos incidentes sobre aqueles ganhos e, portanto, se satisfaria a teoria da sanção ideal (OECD, 2002, p. 5).

Dentro desse contexto, argumenta-se que estabelecer a base de cálculo sobre uma fração do faturamento bruto obtido em um único exercício tornaria a punição demasiadamente branda (FRANCISCO, 2014, p 64/65). Mesmo que o artigo 37, inciso I, da Lei n. 12.529/11 estabeleça que a multa não poderá ser inferior ao proveito econômico decorrente da infração à ordem econômica, tal dispositivo não é suficiente para assegurar o fator repressivo/punitivo da sanção. Isso porque a condenação se limitaria a retirar do infrator o lucro decorrente de sua conduta ilícita, sem a incidência de qualquer multiplicador punitivo.

Outro problema dos parâmetros dosimétricos da Lei n. 12.529/11 refere-se ao fato de que a duração da conduta anticompetitiva, fator determinante para estimar os prejuízos decorrentes do cartel, não é considerada no arbitramento da multa administrativa. Vale notar que, ao contrário do sistema de defesa da concorrência brasileiro, tanto o modelo norte-americano, quanto o europeu, consideram a duração total da infração para a fixação da multa (VALLADARES, 2013, p. 57).

Dentro desse contexto, diversos estudos têm apontado pela insuficiência, sob o prisma da repressão e punição, das multas administrativas impostas pelos órgãos de defesa da concorrência. A pesquisa conduzida pela OECD⁹⁹, comparando as sanções pecuniárias com os ganhos decorrentes da violação concorrencial, indicou que as multas administrativas, expressas na porcentagem dos ganhos

⁹⁷ Como foi explicado neste tópico, a sanção ideal seria o produto dos ganhos ilícitos auferidos com a conduta antitruste com um multiplicador equivalente ao inverso da taxa de detecção dos cartéis.

⁹⁸ A Comissão Europeia também não traz qualquer previsão expressa acerca de múltiplos dos ganhos ilícitos. Em sua atual resolução, ela considera, como parâmetros dosimétricos, um percentual do faturamento no mercado relevante do ano anterior; a duração do cartel; e a reincidência, sendo que o valor final não pode ultrapassar 10% (dez por cento) do faturamento global da empresa (VALLADARES, 2013, p. 52/53). Os Estados Unidos, por outro lado, possuem um detalhado arcabouço legal sobre a fixação da sanção pecuniária, e levam em consideração, no cálculo da multa-base, o ganho pecuniário obtido através da ofensa. Além disso, dispõe-se que o teto da multa seria de 10 (dez) milhões de dólares ou o dobro dos ganhos obtidos ilícitamente com a prática do cartel (OECD, 2002, p. 15).

⁹⁹ Essa pesquisa examinou 119 (cento e dezenove) decisões condenatórias prolatadas por órgãos de defesa da concorrência em diversas jurisdições.

ilícitos, variaram entre 3 (três) e 189% (cento e oitenta e nove por cento) (OECD, 2002, p. 5)¹⁰⁰. Dessa forma, em nenhum caso, a multa foi equivalente ao dobro ou triplo do proveito econômico do infrator, como recomendado por alguns especialistas.

Nota-se que tais entendimentos a respeito da insuficiência das multas administrativas como fator de repressão e punição se pautam na teoria da sanção ideal, em que esta deveria ser um múltiplo dos ganhos ilícitos decorrentes da infração. Todavia, é necessário examinar se tal teoria, da forma como descrita, é realmente apropriada para o sistema de defesa da concorrência ou se resultaria em uma preocupação diametralmente oposta: o superdimensionamento da multa. Da mesma forma que uma punição muito branda não é desejável, uma sanção pecuniária excessivamente onerosa seria prejudicial ao ambiente concorrencial, além de esbarrar no princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo Sancionador.

Dentro desse contexto, Alessio Aresu (2010, p. 355) destaca que, tendo em vista as baixas taxas de detecção e a longa duração dos cartéis, a “multa ideal” seria equivalente a um valor tão elevado que o infrator não teria condições de arcar com esse custo. Assim, a teoria da sanção ideal não teria utilidade, uma vez que (i) o teto da multa administrativa seria o valor total dos ativos da empresa; e que (ii) as autoridades antitruste relutariam em aplicar a “sanção ideal” já que possivelmente resultariam na retirada da empresa do mercado, reduzindo a concorrência. De fato, no estudo realizado pela Comissão Europeia (2007, p. 62), constatou-se que caso o ponto ótimo da multa fosse alcançado, diversas empresas iriam à falência.

Verifica-se, portanto, que essa teoria está longe de ser ideal. É importante levar em consideração que a multa administrativa é apenas um dos componentes punitivos da condenação administrativa. Como indicado neste tópico, outras sanções podem ser aplicadas pelas autoridades de defesa da concorrência a fim de aumentar o fator repressivo/punitivo do *public enforcement*. Assim, é imprescindível que essas sanções não pecuniárias também sejam consideradas na teoria da sanção ideal.

De toda sorte, independentemente de a teoria da sanção ideal ser apropriada ou não ao contexto brasileiro, o fato é que os critérios legais de fixação das multas pelo CADE não demonstram quaisquer preocupações quanto às particularidades de cada caso concreto. Fatores importantíssimos como a duração dos cartéis e a taxa de sobrepreço aplicada não são nem mesmo mencionados pela Lei de Defesa da Concorrência.

¹⁰⁰ Das 119 (cento e dezenove) decisões analisadas pela pesquisa da OECD, em apenas 10 (dez) casos foi possível representar as sanções pecuniárias como uma porcentagem dos danos concorrenciais, tendo em vista a falta de dados disponíveis. Dentre esses casos, em apenas 4 (quatro) deles a multa foi superior a 100% (cem por cento) do proveito econômico do infrator (OECD, 2002, p. 21/23).

Dessa forma, acaba recaindo sobre os Conselheiros do CADE a árdua tarefa de, no campo de discricionariedade da Lei de Defesa da Concorrência, aplicar uma multa administrativa que não seja superdimensionada, nem tampouco muito branda. É importantíssimo que haja uma revisão da Lei n. 12.529/11 a fim de afastar a arbitrariedade e abstração deste processo de fixação da multa, assegurando que o fator repressivo/punitivo seja efetivamente concretizado.

2.3. Os programas de leniência e a responsabilização civil

No primeiro capítulo, analisou-se os custos e benefícios envolvidos na disponibilização dos documentos apresentados pelos signatários do acordo de leniência. Lá, concluiu-se que deve ser dado tratamento estritamente sigiloso a tais documentos, mesmo após o encerramento do processo administrativo. Isso porque as vantagens que as vítimas dos ilícitos concorrenciais teriam, principalmente com relação à comprovação e quantificação dos danos no âmbito judicial, não compensariam a potencial redução de incentivos para celebração de acordos de leniência. Como foi demonstrado, as informações contidas na decisão condenatória, bem como o acesso aos autos públicos do processo poderiam ser bastante úteis para os litigantes privados.

Neste tópico, pretende-se examinar de que forma a exposição do signatário do acordo de leniência às ações de indenização privada pode influenciar na efetividade dos programas de leniência. Isso porque, tendo em vista a independência entre as esferas civil e administrativa, em tese, a celebração do acordo de leniência não eximiria a parte leniente da responsabilização no âmbito civil.

Além de não afastar uma possível condenação na esfera civil, a celebração do acordo de leniência provavelmente tornaria a empresa o alvo preferencial dos litigantes privados. Isso porque, além de a celebração do acordo de leniência significar uma confissão quanto à prática ilícita, a decisão condenatória referente ao leniente se tornaria definitiva muito antes do que aquela referente aos demais participantes do cartel, tendo em vista que o leniente não teria qualquer interesse em recorrer da decisão (OECD, 2015, p. 29). De fato, como foi indicado no primeiro capítulo, o governo de São Paulo ajuizou uma ação de indenização privada referente ao cartel em licitações de trens e metrô naquele Estado apenas contra a signatária do acordo de leniência, a Siemens Ltda.

Essa maior exposição dos signatários de acordo de leniência às ações de indenização privada certamente influenciará nos incentivos para que o potencial leniente decida se apresentar perante os órgãos de defesa da concorrência, especialmente considerando a existência da regra geral de responsabilidade solidária em caso de reparação de danos.

Essa preocupação seria ainda mais evidente nos Estados Unidos, visto que, como já assinalado neste capítulo, 90% dos casos referentes a infrações anticoncorrenciais naquele país são ações privadas, sendo que o valor total em condenações nessas ações é substancialmente maior do que a totalidade das multas administrativas impostas. Nesse sentido, a fim de preservar a efetividade dos seus programas de leniência, os Estados Unidos instituíram, no *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004, que os signatários não se submetem à regra geral de responsabilidade solidária, além de somente se sujeitarem a *single damages*, isto é, a indenização pleiteada pelas vítimas não poderá ser triplicada (MARTINEZ e TAVARES, 2013, p. 4).

Vale notar que o infrator não se sujeitará ao *treble damages* apenas se ele colaborar com os litigantes privados nas ações de indenização ajuizadas contra os demais membros do cartel (OECD, 2015, p. 30). Komminos (2006, p. 20) explica que um patamar apropriado de colaboração envolveria: (i) prestar contas de todos os fatos relevantes; (ii) fornecer todos os documentos relevantes; e (iii) fazer-se disponível para entrevistas, depoimentos e testemunhos em relação às ações civis. Nesse sentido, a interação entre os programas de leniência e a responsabilização civil nos Estados Unidos visaria à proteção da efetividade dos dois institutos.

Na Comissão Europeia, considerando a incipiência da responsabilização civil no domínio antitruste, por muito tempo o maior risco de exposição dos signatários de leniência às ações privadas não foi considerado um fator de desincentivo para a celebração de acordos de leniência (KOMMINOS, 2006, p. 21). Com efeito, a Comunicação sobre Acordos de Leniência (*Leniency Notice*) de 2006 expressamente prevê que o fato de uma empresa ser beneficiária de um acordo de leniência não a exime das consequências na esfera civil de responsabilização (OECD, 2015, p. 29).

Nesse sentido, essa discussão apenas foi instaurada com o Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias. Em tal documento, sugeriu-se a não submissão do beneficiário da leniência à regra geral de responsabilidade solidária, ou seja, eventual indenização seria fixada na proporção de sua participação no mercado cartelizado (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2005, p. 10). No Livro Branco, recomendou-se que a responsabilidade civil do leniente fosse limitada à indenização de seus parceiros contratuais diretos e indiretos a fim de tornar o escopo da responsabilização civil mais previsível e limitado (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2008, p. 10).

Seguindo a orientação do Livro Verde e do Livro Branco da Comissão das Comunidades Europeias, as Diretrizes de 2014 estabeleceram que a regra geral de responsabilidade solidária somente será aplicável aos signatários da leniência quando se tratar de parceiros contratuais diretos ou indiretos. Quanto aos demais prejudicados, o leniente somente será solidariamente responsável caso as outras empresas participantes do cartel não sejam capazes de arcar com a reparação integral

dos danos. Além disso, a indenização a ser imposta ao leniente não poderá exceder ao montante de danos que a empresa tenha causado aos seus parceiros contratuais diretos ou indiretos¹⁰¹.

No Brasil, de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, os beneficiários do acordo de leniência possuem a imunidade ou a redução de penalidade administrativa e penal¹⁰². Todavia, quanto à esfera civil, não há qualquer previsão legal que, da mesma forma, exima o leniente da responsabilização. Além disso, os membros do cartel, incluindo o signatário do acordo de leniência, são solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes da conduta anticompetitiva, isto é, cada participante do cartel pode ser responsabilizado por todos os prejuízos resultantes da prática (MARTINEZ e TAVARES, 2013, p. 4).

Conforme já indicado neste trabalho, a Consulta Pública n. 17/2011 tentou alterar esse panorama brasileiro ao propor a alteração do diploma antitruste para permitir que autores de ações privadas busquem o ressarcimento em dobro dos prejuízos causados pelos participantes do cartel, salvo aqueles que tenham assinado acordos de leniência, cuja responsabilidade seria limitada aos prejuízos causados. Tal proposta, que implantaria no Brasil um modelo muito semelhante ao norte-americano, não prosperou, nem mesmo com o advento da nova Lei de Defesa da Concorrência.

Com efeito, essa proposta, ao incumbir à responsabilização civil a tarefa de punir/reprimir as infrações anticoncorrenciais, não seria apropriada ao contexto brasileiro. Como já foi tratado no tópico anterior, o modelo de *deterrence approach*, vigente nos Estados Unidos, comporta diversas desvantagens no que se refere ao alcance do nível ideal de dissuasão/punição das condutas anticompetitivas.

Além disso, Souza (2014, p. 37) ressalta outras duas desvantagens que decorreriam das mudanças propostas pela Consulta Pública n. 17/2011: a valorização da vítima do cartel em detrimento de outras vítimas que possam demandar reparação de danos; e, em relação às vítimas de um mesmo cartel, a desvantagem do consumidor lesado pelo beneficiário de acordo de leniência se comparado àquelas vítimas que consumiram de outros membros do cartel.

Nesse sentido, uma solução intermediária para preservar tanto a responsabilização civil quanto o programa de leniência seria, segundo Martinez e Tavares (2013, p. 4), ressaltar o leniente da regra geral de responsabilidade solidária, de forma semelhante ao regime europeu. Assim, o afastamento da responsabilidade solidária funcionaria como recompensa negativa ao beneficiário da leniência. Souza (2014, p. 40) traz uma outra sugestão para aprimorar os benefícios do acordo de leniência: eximir o signatário do acordo de leniência da reparação de danos difusos, isto é, ele somente se sujeitaria à responsabilização por danos individuais.

¹⁰¹ Tais disposições encontram-se no Capítulo III, artigo 11 das referidas Diretrizes.

¹⁰² Vide artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/11.

É bem verdade que no Brasil, considerando a escassez de ações de indenização privada, dificilmente um potencial signatário do acordo de leniência deixará de se apresentar perante o CADE em razão do risco de exposição à responsabilização civil. Isso porque, além de a reparação devida às vítimas ser calculada na mesma proporção do efetivo prejuízo incorrido, os benefícios do acordo vão muito além da isenção da multa administrativa. A imunidade quanto às demais sanções não pecuniárias e a extinção da punibilidade dos crimes relacionados à prática do cartel são fatores muito prezados pelos infratores.

De toda forma, as sugestões trazidas por Martinez, Tavares e Souza seriam interessantes, na medida em que eliminariam quaisquer riscos da mitigação da efetividade do programa de leniência, bem como preservariam o direito de as vítimas do ilícito antitruste serem reparadas civilmente.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, foram analisadas 3 (três) dificuldades que envolvem o instituto da responsabilização civil no direito antitruste – quais sejam: a legitimidade ativa e a *passing on defense*; a assimetria de informação entre as partes; e as formas de compensação e quantificação dos danos. Essa delimitação temática foi realizada tendo em vista a escassa reflexão doutrinária sobre esses problemas no contexto brasileiro, bem como em razão da relevância destes temas para tratar, no capítulo seguinte, sobre a relação entre as esferas civil e administrativa na política de combate aos cartéis.

Com base nos estudos desenvolvidos, nota-se que os fundamentos para a escassez de ações de indenização privada no cenário brasileiro vão muito além da falta de tradição histórica. Com efeito, não é apenas a tradição que sustenta o consolidado sistema de execução privada nos Estados Unidos. Conforme foi delineado, em razão da ausência de recursos públicos para compor o âmbito administrativo de combate aos ilícitos antitruste naquele país, foram promovidos diversos estímulos para o ajuizamento de ações de indenização na esfera privada. Entre essas, incluem-se a inadmissão da *passing on defence*, a triplicação da indenização devida às vítimas e o *pre-trial discovery*. Lá, a preocupação se volta para a efetiva punição do infrator, investindo as vítimas da infração antitruste no papel de um verdadeiro agente público de defesa da concorrência.

Devido às peculiaridades do contexto norte-americano, não é conveniente replicar, para o âmbito de responsabilização civil brasileiro, o sistema de execução privada lá vigente sem as devidas reflexões. Conforme já foi apontado, a atenção aqui deve pautar-se na reparação das vítimas, sendo papel do CADE, quando aplicar a multa administrativa e outras sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência, exercer a função punitiva.

Por outro lado, verifica-se que a efetiva reparação das vítimas acaba sendo muito problemática, visto que estas não possuem incentivos econômicos para ingressar com uma ação no âmbito judicial. Além de os prejuízos sentidos individualmente pelos agentes econômicos serem relativamente baixos, nas excepcionais situações em que as vítimas decidem ajuizar uma demanda judicial, surgem diversos obstáculos legais e processuais para indenizações em matéria antitruste, como discutiu-se no primeiro capítulo.

Em razão dessas inúmeras dificuldades, indaga-se qual deveria ser a prioridade do governo como política pública: incentivar ações privadas ou ações coletivas e civis públicas? Isso porque, à primeira vista, quer parecer que diversos problemas não seriam aplicáveis se houvesse um único

processo judicial referente ao mesmo caso de cartel, em vez de inúmeras ações privadas, ajuizadas por diferentes prejudicados.

Dentro desse contexto, Buchain (2006, p. 121/122) explicitamente defende a primazia da legitimidade do Ministério Público para requerer eventual indenização por prejuízos causados ao mercado. O autor explica que os particulares são incapazes de observar todos os efeitos anticoncorrenciais decorrentes dos ilícitos, tendo em vista a complexidade da matéria e o poder econômico de empresas dominantes no mercado. Além disso, uma segunda justificativa para a priorização das ações civis públicas seria a evidente dificuldade que os particulares enfrentam para demonstrar os danos incorridos, somado ao fato de que, em algumas situações, o prejuízo individual não é alto o suficiente para incentivar o acionamento da máquina judiciária. Assim, a agregação de uma multiplicidade de pequenas demandas manifestaria um significativo valor econômico, bem como facilitaria a compensação civil.

Considerando que o escopo do presente trabalho se limitou às ações de indenização privada, não se pretende oferecer uma resposta para a indagação feita – mesmo porque, seria imprescindível realizar uma análise minuciosa dos institutos da ação civil pública e da ação coletiva no domínio antitruste –, mas apenas provocar essa discussão no âmbito doutrinário. De qualquer forma, independentemente de qual seja a política adotada pelo governo, a legitimidade de cada indivíduo que se sinta prejudicado por uma conduta anticoncorrencial para ajuizar uma ação de indenização privada é inquestionável.

A partir da análise do instituto da responsabilização civil no domínio antitruste, o segundo capítulo tratou acerca da compatibilização entre as esferas civil e administrativa na política de combate aos cartéis, notadamente: (i) os efeitos da decisão administrativa na responsabilização civil; (ii) as funções desempenhadas por tais regimes de responsabilização e a compatibilização entre a multa administrativa e a indenização privada; e (iii) a repercussão da responsabilidade civil na efetividade dos programas de leniência. Tais temáticas foram definidas, da mesma forma que no primeiro capítulo, em razão da relevância prática e da falta de reflexão integrando esses âmbitos.

A principal conclusão é que o estágio atual de coordenação entre as esferas de responsabilização civil e administrativa resulta em situações extremamente ineficientes. Com efeito, em razão da falta de regulamentação normativa e da ausência de diálogo entre o Poder Judiciário e o CADE, a resposta para vários problemas fica à total discricionariedade dos julgadores, acarretando em decisões completamente desarmoniosas, em desconformidade ao princípio da segurança jurídica.

Apenas a título de exemplo, cita-se o caso do cartel dos genéricos, em que foi proferida decisão judicial negando a ilicitude de conduta já condenada pelo CADE como anticompetitiva, bem como o caso do cartel em licitações de trens e metrô em São Paulo, em que houve determinação

judicial para a disponibilização do acordo de leniência e do Histórico da Conduta, indo ao encontro do princípio basilar da garantia de confidencialidade, defendido pelo CADE nos programas de leniência.

Uma maior integração entre o Poder Judiciário e as autoridades de defesa da concorrência é imprescindível não apenas para possibilitar o enfrentamento desses problemas de insegurança jurídica, mas também para fomentar novas ideias visando ao aprimoramento da política de combate aos cartéis. Como já foi reiteradamente consignado neste trabalho, embora sejam esferas independentes e autônomas entre si, é essencial que haja uma harmonização entre elas a fim de evitar eventuais ineficiências decorrentes da sobreposição de funções.

Entre as principais propostas apresentadas neste trabalho com relação à manutenção da efetividade e do equilíbrio entre a responsabilização civil e administrativa, vale destacar o incentivo para que haja uma maior deferência, pelos órgãos do Poder Judiciário, às decisões condenatórias proferidas pelo CADE. Essa situação não significaria a supremacia do âmbito administrativo frente ao judicial, mas apenas refletiria os princípios da segurança jurídica e da economia de recursos, bem como o reconhecimento de que um órgão altamente especializado no assunto já analisou de forma criteriosa as eventuais condutas anticompetitivas.

Além disso, defende-se que se desenvolva um novo olhar para o papel do CADE no que tange ao incentivo das ações de indenização privada. Seriam extremamente úteis, por exemplo, a exposição de informações mais relevantes na versão pública das decisões administrativas; o envio de dados para os agentes econômicos prejudicados pela infração concorrencial; e, até mesmo, a estimativa do sobrepreço imposto sobre os bens cartelizados. Tais medidas, sem dúvidas, estimulariam o ingresso de demandas judiciais por reparação civil, além de auxiliar o Poder Judiciário na análise dos requerimentos.

Com relação aos programas de leniência, considerando a maior exposição do signatário às ações de indenização privada, observou-se que é essencial que seja dado tratamento estritamente sigiloso aos documentos apresentados pela parte leniente, mesmo após o encerramento dos procedimentos administrativos. Com essa orientação, os magistrados estariam proibidos de determinar a divulgação desses dados em ações de indenização privada. Outra medida interessante para preservar a efetividade dos programas de leniência seria ressaltar o leniente da regra geral de responsabilidade solidária e eximi-lo da reparação de danos difusos, somente o sujeitando à responsabilização por danos individuais.

Um debate mais aprofundado sobre essas propostas entre o Poder Judiciário e o CADE poderia resultar no advento de reformas legislativas muito bem-vindas para o ambiente concorrencial. Isso porque, ao mesmo tempo em que o ingresso de ações de indenização privada pelos agentes

econômicos prejudicados estaria sendo estimulado, buscar-se-ia preservar a segurança jurídica e a unidade do ordenamento jurídico nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARESU, Alessio, Optimal Contract Reformation as a New Approach to Private Antitrust Damages in Cartel Cases (June 1, 2010). *European Law Review*, Vol. 35, No. 3, p. 349, June 2010. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1678982>.

BAKER, Jonathan B. Beyond Shumpeter vs. Arrows: Antitrust Fosters Innovation, in *74 Antitrust Law Journal* (2007).

BAKER, Donald I. Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others?, in *Loyola Consumer Law Review*, n. 16, 2004.

BOONE, Jan and MÜLLER, Wieland, The Distribution of Harm in Price-Fixing Cases (August 15, 2008). *CentER Discussion Paper Series No. 2008-68*; *TILEC Discussion Paper No. 2008-030*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1262173> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1262173>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre/RS: Nova Prova, 2006.

CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, nov/2013, pp. 71-104.

CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*, 2003. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2015. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

CAVANAGH, Edward D. *The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience*. Disponível em: <http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=lucjlj>.

CENGIZ, Firat. Antitrust damages actions: lessons from american indirect purchasers' litigation. Cambridge Journal. ICLQ vol. 59, p. 39-63, jan. 2010.

COLLINS P. What are the problems with EC Antitrust Damages Actions in Europe? Does the Private Pillar Require Reinforcement? Conferência realizada em 10/2007.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. White Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules. Bruxelas, 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>. Acesso em: 23 de Agosto de 2015.

_____. Green Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules, Bruxelas, 2005.

CONNOR, John M., The High Economic Costs of Cartels: Can Private Enforcement Help? (October 18, 2010). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1694156> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1694156>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

_____ e ARCHER, Daniels Midland: Price-Fixer to the World (Fourth Edition), Staff Paper 00-11., Purdue University (December 2000), at <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/28664/1/sp00-11.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

_____. Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition (February 25, 2014), p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2400780>. Acesso em: 7 de outubro de 2015.

_____ e HELMERS, C. Gustav, Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005 (January 10, 2007). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=944039>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009), 3ª ed.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Public and Private Antitrust Enforcement in the United States. Bill Baer. Assistant Attorney General. Antitrust Division. U.S. Department of Justice. Remarks as

Prepared for Delivery to European Competition Forum 2014. Brussels, Belgium. February 11, 2014. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/file/517756/download>. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

DOJ Antitrust Division. "FREQUENTLY ASKED QUESTIONS REGARDING THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM AND MODEL LENIENCY LETTERS (November 19, 2008)". Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2014/09/18/239583.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf >. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

EGER, Thomas; WEISE, Peter. Limits to the private enforcement of antitrust law, second draft. Disponível em: <http://core.ac.uk/download/pdf/6540964.pdf>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov/2013, pp. 11-31.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. São Paulo. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014 - disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acesso em 24 de agosto de 2015.

FRIEDERISZICK, Hans W. e ROLLER, Lars-Hendrik, Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cater Cases.

FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 2013. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrência: a busca pela efetiva reparação de danos. Rio de Janeiro. Monografia (graduação) - Escola de Direito FGV Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, 2011a.

_____. Aplicação das Diretrizes do Livro Branco sobre Responsabilidade Civil no Direito da Concorrência Brasileiro, in Revista do Programa de Direito da União Europeia, 1ª edição, 2011b.

HANSEN, M., CROCCO, L., and KENNEDY, S. (2012), “Challenges to International Cartel Enforcement and Multi-Jurisdictional Leniency Applications – Disclosure of Leniency Applicant Statements and Materials”, ABA International Cartel Workshop, Vancouver, 1-3 February 2012.

HARKER, Michael; HVIID, Morten. Competition Law Enforcement: the “Free-Riding” Plaintiff and Incentives for the Revelation of Private Information. Centre for Competition Policy Working Paper Series n. 06-9, Abr. 2006.

HOVENKAMP, Herbert J., Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States (February 9, 2011). University of Iowa Legal Studies Research Paper . Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1758751> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1758751>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

KAUPER, Thomas E.; SNYDER, Edward A. An Inquiry into the Efficiency of Private Antitrust Enforcement: Follow-on, and Independently Initiated Cases Compared, in Georgetown Law Journal, Vol. 74, 1986.

KOMMINOS A., Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap? 2006. Disponível em: www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art1Komninos.pdf. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial. Curitiba, 27 de junho de 2005. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, ao Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná.

LANDE, Robert H. and JOSHUA P., Davis. Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. University of San Francisco Law Review, 2008, v. 42, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1090661>, Acesso em: 25 de Agosto de 2015.

LOEVINGER, Lee. Private Action – The Strongest Pillar of Antitrust, 3 Antitrust Bull. 167 (1958).

MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. São Paulo. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010 - disponível em <http://www.teses.usp.br/>, Acesso em: 25 de Agosto de 2015.

MARTINEZ Ana Paula e TAVARES de Araujo Levy Mariana. Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency, CPI chronicle on 16 Apr 2013.

MATION, Gisela Ferreira. As Ações Cíveis Para Cessação E Reparação De Danos Causados Por Condutas Anticorrecionais no Brasil. III Prêmio SEAE, 2008.

MILLER, Samuel R. Miller, NORDLANDER, Kristina. Nordlander, OWENS, James C. Owens. U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials. The CPI Antitrust Journal. March 2010. Competition Policy International. Disponível em: http://www.sidley.com/~media/Files/Publications/2010/03/US%20Discovery%20of%20European%20Union%20and%20US%20Leniency%20A___/Files/View%20Article/FileAttachment/2010%2003%2014%20%20Competition%20Policy%20International%20%20No___. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

OECD. “REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS”. DAF/COMP(2002)7. April 9 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em: 25 de Agosto de 2015.

_____. “Prosecuting Cartels without Direct Evidence”. DAF/COMP/GF(2006)7. September 11 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

_____. “RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT”. DAF/COMP/WP3(2015)14. 11-Jun-2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=En). Acesso em 15 de setembro de 2015.

_____. “PRIVATE REMEDIES”. DAF/COMP(2006)34. 11-Jan-2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/39892177.pdf>>. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

OFFICE OF FAIR TRADING. Private Actions in Competition Law: effective redress for consumer and business, Nov., 2007.

PFEIFFER, Roberto. “Tutela Coletiva da Livre Concorrência”. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Janeiro/Dezembro de 2003.

POLVERINO, Fabio. Polverino, 'A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union' (2007) 30 World Competition, Issue 3, pp. 479–499. Disponível em: <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=358086124121105127108126124116087066005053028051000082065086069119118125101068079106013057098023052127028124121091004081111040081028005017084003017114113004004062093064127000118018025013031125104095093121083122104074087099067087082020100085006070&EXT=pdf>. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

RUBINFELD, Daniel L., “Antitrust Damages”, Chapter 14, in Einer Elhauge, ed., RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, Edward Elgar, 2012, pp. 377-393.

SCHWARTZ, Edward B. Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims”. São Paulo, Brasil, 30 de outubro de 2014. Apresentação para o 20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, por Edward B. Schwartz. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/20SeminarioConcorrencia/PALESTRAS/Painel%20%20-%20Edward%20B.%20Schwartz.pdf>. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do Direito europeu. Revista do IBRAC: RIBRAC, v. 21, n. 26, p. 115-134, jul./dez. 2014. Revista dos Tribunais.

TRSTENJAK, V., & WEINGERL, P. (2014). Collective Actions in the European Union—American or European Model? Beijing Law Review, 5, 155-162. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2014.53015>. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST DIVISION. Antitrust Division Manual. Fifth Edition. Last Updated April 2015.

VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do CADE. Dificuldade e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. In: Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov/2013, pp. 44-73.

VELJANOVSKI, Cento, The Economics of Cartels. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=975612>. Acesso em: 8 de outubro de 2015.

WILS, Wouter P.J. The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages. World Competition, Vol. 32, No. 1, March 2009. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

_____. Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?, in World Competition, 26(3), 2003.

WILSHER Dan. The Public Aspects of Private Enforcement in EC Law: some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture, in Competition Law Review, 3(1), 2006.