

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

HENRIQUE ARAÚJO DE CARVALHO

**ASPECTOS JURÍDICOS DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EM AÇÕES
REPARATÓRIAS INDIVIDUAIS POR DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE
CARTEL**

Brasília,
2017

HENRIQUE ARAÚJO DE CARVALHO

ASPECTOS JURÍDICOS DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EM AÇÕES
REPARATÓRIAS INDIVIDUAIS POR DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE
CARTEL

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito
no curso de graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

ORIENTADOR: BRUNO CORRÊA BURINI

Brasília,
2017

HENRIQUE ARAÚJO DE CARVALHO

ASPECTOS JURÍDICOS DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EM AÇÕES
REPARATÓRIAS INDIVIDUAIS POR DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE
CARTEL

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito
no curso de graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Aprovado pelos membros da banca em 16 de março de 2017, com menção SS.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Bruno Corrêa Burini

Examinador: Eric Hadmann Jasper

Examinador: André Luiz Santa Cruz Ramos

Suplente: José Rubens Battazza lasbech

Aos meus familiares, que nunca pensaram nem por um segundo antes de me socorrerem sempre que precisei; aos amigos, todos vocês são, além de amigos, família; ao Professor Bruno Burini, sem puxa-saquismo, se enxerguei além daquilo que antes conseguia, foi porque me apoiei no ombro de um gigante.

RESUMO

Este estudo se propõe a analisar os aspectos jurídicos que representam entraves à quantificação dos danos em ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes da prática de cartel no Brasil. Como introdução do tema, foi discutida a natureza da ação indenizatória e sua relação com o princípio da reparação integral. Foi feito um paralelo entre a dosimetria de penas realizada pelo CADE no âmbito do processo administrativo instaurado para apuração de condutas de cartel e a quantificação dos danos em ações reparatórias, destacando-se que, enquanto o processo administrativo não enfrenta maiores problemas para o cálculo da multa, o mesmo não acontece com a quantificação da condenação em ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes da prática de cartel no Brasil, devido ao princípio da reparação integral. Posteriormente, sob uma perspectiva comparada, discute-se como o princípio da reparação integral do dano pode representar um entrave à emissão de juízo definitivo nessas ações no Brasil e quais seriam formas de contornar esse entrave.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência. Reparação do Dano. Quantificação. Reparação Integral. Cartel.

ABSTRACT

This study proposes to analyze the legal aspects that are seen as obstacles to the quantification of damages in damages actions for cartel infringements in Brazil. As an introduction to the topic, this paper discusses the nature of the damages action and its relation to the principle of full compensation. The paper compares the calculation of penalties carried out by CADE in the administrative proceeding for cartel enforcement and the quantification of damages in damages actions, concluding that, while the administrative proceeding does not face major problems for the calculation of the penalty imposed to companies, this does not happen with the quantification of damages in damages actions for cartel infringements in Brazil, due to the principle of full compensation. Subsequently, under a comparative perspective, this paper discusses how the principle of full compensation represents an obstacle to solving such actions in Brazil and what would be ways of getting around such obstacle.

Keywords: Competition Law. Damages Recovery. Quantification. Full Compensation. Cartel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O CARTEL E SEUS EFEITOS SOBRE O MERCADO	11
1.1 Cartéis no direito brasileiro	11
1.2 A lógica do cartel e os prejuízos causados pela conduta	15
1.3 Divisão das competências estatais	17
1.4 A responsabilidade administrativa por danos à concorrência	20
1.5 A responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel	24
1.6 O recente desenvolvimento do tema no mundo e o problema da quantificação dos danos nas ações de reparação por danos decorrentes da prática de cartel	27
2 OS PREJUÍZOS CAUSADOS POR CARTÉIS E A DOSIMETRIA DA PENA APLICADA PELO CADE	35
3 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO DECORRENTE DE CARTEL	45
3.1 A conduta culposa	45
3.2 O nexo causal	48
3.4 O dano	49
3.4.1 Danos materiais	51
3.2.2 Danos morais	52
4 O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS	57
4.1 Métodos de quantificação dos danos decorrentes da prática de cartel	59
4.1.1 Danos decorrentes de cartel sofridos pelos elos à jusante na cadeia	59
4.1.2 O repasse do sobrepreço (<i>Pass-on of overcharges</i>)	63
4.1.3 Danos decorrentes de cartel sofridos por outros agentes do mercado, em razão da exclusão desses agentes da cadeia	63
4.1.4 Considerações finais sobre os métodos de cálculos	63
4.2 Os entraves impostos pelo Direito Brasileiro às ARDCs e a escolha dos métodos de quantificação dos danos	64
4.2.1 A quantificação dos danos e o princípio da reparação integral	64
4.2.2 A escolha dos métodos	70
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Cartéis são, provavelmente, as mais graves de todas as infrações à ordem econômica, razão pela qual essas práticas têm sido cada vez mais severamente combatidas no mundo e no Brasil.¹ Notoriamente, a cada vez mais severa persecução e repressão a cartéis não é bastante para impedir que empresas façam acordos para fixar preços, reduzir a oferta de seus produtos e dividir mercados. Ao contrário, os cartéis têm cada vez mais se aprimorado e trabalhado em formas de esconder a prática das autoridades da concorrência.²

Diante disso, o debate sobre outras formas de atingir a dissuasão ótima da prática tem se tornado mister no contexto global do Direito da Concorrência. Isso tem se demonstrado, por exemplo, no trabalho relativamente recente de organizações internacionais e de autoridades de defesa da concorrência em promover meios para incentivar a propositura de ações de reparação por danos decorrentes de cartel (ARDCs).

Isso decorre da conscientização geral de que boa parte da política antitruste de combate a cartéis resulta da condenação em ações de reparação privadas. Existe a ideia de que a atuação cível de empresas em busca da justa reparação por conta de danos sofridos decorrentes da prática de cartel tem um papel agregador à persecução e combate a cartéis, afinal, a responsabilidade civil concorrencial também deve fazer parte dos cálculos que envolvem o custo-benefício de qualquer ato praticado no âmbito decisório de uma empresa e que tenha a potencialidade de causar danos a concorrentes.³

Esse, aliado ao fato de que a ação de reparação por danos decorrentes de cartel é uma das únicas formas de as empresas terem reparados seus danos sofridos pela conduta, é uma das principais razões pela qual encontramos um real empenho

¹ The cartel fines imposed by the EU Commission for violations of Art. 101 TFEU reached a clear all-time high in 2016. The Brussels based competition authority fined 16 companies in 6 cartel cases a total of EUR 3.73 billion. The trucks cartel alone accounted for EUR 2.93 billion and is now by far the cartel with the highest fines – yet not the sole infringement punished by the EU Commission last year. This newsletter provides an overview of the EU cartel decisions of 2016.

² WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Oxford: The Oxford University Press, 2012. p. 513-517

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 1

em formular políticas para promover a propositura de ações privadas em outras jurisdições. Ao longo dos últimos anos, por exemplo, a Comissão Europeia tem atuado ativamente na tentativa de promover ações privadas de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio concorrencial, com a publicação de vários textos e estudos de iniciativa institucional.

Apesar da importância dada à persecução privada de cartéis, o sistema brasileiro conta com um baixo número de ações reparatórias dessa natureza, em decorrência de algumas particularidades que envolvem as ações indenizatórias neste ramo do direito, que contabilizam o custo de propositura dessas ações. Muito além de problemas estruturais do direito brasileiro, essas particularidades são, na verdade, razões ligadas à natureza própria das demandas privadas por danos decorrentes de cartel, que contam com entraves enfrentados em várias outras jurisdições. Dentre esses entraves podemos citar a complexidade econômica da matéria, um desejo de preservar as relações comerciais entre os litigantes, a dificuldade probatória em decorrência da natureza secreta de cartéis, além da dificuldade de quantificar individualmente os danos.⁴ Um dos principais desafios é, indubitavelmente, a quantificação dos danos sofridos pelas vítimas do cartel.

Por exemplo, autoridades da concorrência em todo o mundo têm tentado implementar a quantificação dos prejuízos causados por cartéis em sua dosimetria da pena, mas logo essas tentativas foram abandonadas, devido à complexidade de calcular prejuízos causados por cartéis. O Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por exemplo, tem rechaçado qualquer tentativa de implementar cálculos econômicos na dosimetria de suas sanções pecuniárias, em decorrência da incerteza, complexidade e custo desses cálculos.

A opinião é uníssona entre as autoridades de defesa da concorrência, a quantificação dos benefícios obtidos pelos membros do cartel “sofre de severas limitações”, razão pela qual “ninguém acredita que estas metodologias possibilitam mais que uma grosseira aproximação da realidade”.⁵ Em essência, o cálculo dos prejuízos individualmente causados pelo cartel é similar aos cálculos dos danos

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. pp. 11-31

⁵ HOVENKAMP, Herbert. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States, 2011. p. 6. Tradução Livre.

sofridos pelas vítimas de cartel e, portanto, proponentes de ARDCs enfrentam a mesma dificuldade ao calcular seus danos sofridos.

Mais além, a dificuldade enfrentada em quantificar danos decorrentes de cartel é um problema maior às vítimas de cartel que às autoridades de defesa da concorrência, em razão de ações de reparação de danos decorrentes da prática de cartel não comportarem incertezas na quantificação de seus danos, em virtude do princípio da reparação integral. E isso se traduz em um verdadeiro impasse à propositura dessas ações.

Não obstante, nem a doutrina, nem o CADE, têm enfrentado diretamente a questão da quantificação dos danos nessas ações. Até o momento, as iniciativas do CADE, por meio de propostas que estabelecem critérios específicos ao acesso de documentos sigilosos pelas vítimas de cartel, têm demonstrado mais uma preocupação em proteger a persecução pública do que exatamente em promover a propositura de ações reparatórias por danos decorrentes de cartel.

Não se deixa de reconhecer que tais iniciativas podem vir a facilitar o acesso a provas que atestam a ocorrência e a extensão da conduta anticoncorrencial. Contudo, vislumbra-se que essas iniciativas podem vir a se tornar inócuas quando, em uma etapa processual posterior dessas ações reparatórias, existir uma dificuldade em quantificar os danos sofridos pelas vítimas. É por essa razão que o presente estudo se propõe a discutir os aspectos limitadores que a quantificação do dano em ARDCs pode encontrar no Brasil, e como deve se portar o judiciário brasileiro e os proponentes dessas ações diante da quantificação dos danos.

1 O CARTEL E SEUS EFEITOS SOBRE O MERCADO

1.1 Cartéis no direito brasileiro

No Brasil, o combate a atos ilícitos concorrenciais encontra fundamento no artigo 173, §4, da Constituição Federal, segundo o qual a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A repressão ao “abuso do poder econômico”, retirada do artigo da Constituição Federal que trata sobre regulação da atividade econômica pelo Estado, deve ser lida em um contexto constitucional de *proteção à ordem concorrencial como instituição*,⁶ como expressão que: a) garante a punição, pelo Estado, a quaisquer atos que, ainda que potencialmente, atentem contra a concorrência – ou seja, visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros; e que b) dita os contornos do comportamento concorrencial. Em outras palavras, todo abuso do poder econômico que, ainda que potencialmente, possam produzir efeitos prejudiciais à concorrência, especificamente, a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, será reprimido pelo Estado.

Da mesma forma que na Constituição Federal, os parâmetros gerais para a configuração do ilícito concorrencial foram reproduzidos na Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), em seu artigo 36, pelo qual 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: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; e d) exercer de forma abusiva posição dominante.⁷ Essas hipóteses, sempre que observadas, nos termos desse

⁶ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – *As condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

⁷ 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

artigo, configurarão o ilícito concorrencial passível de repressão pelo Estado, salvo quando justificadas pela eficiência econômica.⁸

O § 3 do artigo 36, da Lei n. 12.529/11, exemplifica as práticas que podem ser consideradas como condutas anticoncorrenciais. Dentre essas, cartéis estão tipificados sob o artigo 36, § 3, inciso I, alíneas “a” a “d”, que definem o cartel como acordo, combinação, manipulação ou ajuste com o concorrente com a finalidade de ajustar: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Portanto, cartéis consistem em uma colusão horizontal – acordo entre concorrentes – com a finalidade de restringir ou eliminar a concorrência em determinado mercado relevante. De forma simples, são acordos cujo objeto é, em conjunto ou individualmente, combinar “preço, quantidade, qualidade e mercado”.⁹

O conceito acima é corroborado pela Resolução do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE n. 20, de 09 de junho de 1999, a qual foi revogada parcialmente, que entende que cartéis são

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

A configuração do ilícito de cartel, conforme observado, não está limitado ao enquadramento do acordo nesse conceito. Conforme se extrai do artigo 36, incisos, da Lei n. 12.529/11, é necessário que o acordo entre concorrentes tenha, ainda, a

iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁸ “Art. 36. [...] § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

⁹ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – As condutas. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 262

capacidade de, ao menos que potencialmente, gerar efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado. De fato, ainda que se faça acordos com o concorrente com a intenção de alterar condições dos mercados, estes não serão afetados se as condições mercadológicas não permitirem ou se os participantes do cartel não tiverem, unidos, a capacidade de modificar a concorrência.¹⁰ Portanto, a análise da configuração da conduta ilícita de cartel passa pelo exame da potencialidade do acordo entre os concorrentes de gerar efeitos contrários à concorrência.

Entende-se que um cartel pode gerar tais efeitos quando os participantes do acordo exercem posição dominante no mercado, o que implica dizer que tais participantes podem, através de sua influência, modificar as condições do mercado. Analisa-se a posição dominante através, conjuntamente, da: a) estimativa das participações no conjunto das empresas no mercado relevante; e da b) análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais, no mercado relevante.¹¹

No Direito da Concorrência brasileiro, a posição dominante é presumida sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.¹² Portanto, se for demonstrado que os concorrentes participantes de um acordo possuem posição dominante, assume-se que o acordo produz, ou tem a capacidade de produzir, qualquer um dos efeitos mencionados nos incisos I a IV do artigo 36 da Lei n. 12.529/11, configurando-se, assim, a conduta cartel.

Mais além, é possível que uma prática presumivelmente ilícita à luz da Lei n. 12.529/11, em que seus participantes tenham posição dominante no mercado, após a análise de seus efeitos, seja desqualificada como conduta anticoncorrencial. Em tese, a autoridade da concorrência assume a responsabilidade de verificar se os efeitos de uma conduta foram, ou não, comprovadamente prejudiciais à concorrência,

¹⁰ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – As condutas. 1a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. pp. 283 – 285

¹¹ Ibid. pp. 283 – 285

¹² Art. 36. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

“ponderando-se eventuais aspectos restritivos com os possíveis benefícios econômicos dela decorrentes”.¹³ Como bem exposto por Caio Mário da Silva Pereira Neto (2016), a disposição normativa que autoriza a condenação de prática pela mera potencialidade de efeitos não torna prescindível a análise de “um risco iminente e concreto de impacto sobre o mercado”, o que faz com que nenhuma conduta possa ser condenada com base “em uma mera hipótese distante de realização”.¹⁴

Diante dessa sistemática, condutas virtualmente caracterizadas como ilícitas necessariamente devem ter seus efeitos avaliados segundo uma regra de razoabilidade (*regra da razão*), haja vista a possibilidade de terem efeito benéfico à concorrência. As condutas anticoncorrenciais, portanto, devem ser tratadas como *ilícitos por efeito*. De acordo com a Resolução do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE n. 20, de 09 de junho de 1999,

A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

Muito embora a sistemática acima exposta seja a melhor prática para análise de condutas concorrenciais, autoridades da concorrência, excepcionalmente, têm entendido pela existência de condutas que podem “ser consideradas ilícitas em virtude de terem por fim ‘objetivamente visado’ os efeitos anticoncorrenciais previstos nesses dispositivos [artigo 36, incisos]”,¹⁵ as quais são tratadas como *ilícitos por objeto*. Nesse sentido, alguns tipos de cartéis têm sido geralmente tratados como *ilícitos por objeto* por autoridades da concorrência,¹⁶ o que significa dizer que as autoridades da concorrência entendem que essas condutas têm como objeto restringir a concorrência – ou seja, quando os agentes econômicos tenham “propositalmente agido de forma

¹³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93

¹⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 99

¹⁵ Ibid. p. 94 - 95

¹⁶ Conceito da OCDE para cartéis clássicos de 1998. Sobre esses cartéis, Caio Mário da Silva Pereira Neto (2016), p. 91 a 114. Cartel das britas mencionado na p. 120 traz uma diferenciação boa.

conjunta”¹⁷ – e, por isso, não vislumbram nenhum tipo de efeito benéfico resultante dessa conduta, dispensando, assim, a análise de seus efeitos sobre o mercado, que serão sempre considerados como prejudiciais à concorrência.¹⁸

Importante notar, portanto, que cartéis são considerados práticas tão nocivas, em sua maioria, que seus efeitos prejudiciais sobre a concorrência são quase sempre presumidos, razão pela qual são considerados, muitas das vezes, *ilícito por objeto*.¹⁹ Os efeitos do cartel sobre a concorrência e sobre seus agentes serão tratados na seção seguinte.

1.2 A lógica do cartel e os prejuízos causados pela conduta

Um mercado competitivo, em que existe uma constante guerra por preços menores e por produtos de melhor qualidade, torna mais difícil a qualquer empresa auferir lucros. Por outro lado, um acordo entre concorrentes com a finalidade de aumentar preços ou diminuir a oferta de seus produtos, que sejam, é claro, capazes de alterar coordenadamente as condições de mercado, consegue atrapalhar ou mesmo neutralizar essa guerra constante entre competidores. O cartel justifica-se pela eficiência decorrente da neutralização da concorrência. Entretanto, cartéis resultam em uma perda geral do bem-estar (perda de eficiência) e em prejuízos quantificáveis aos demais agentes do mercado.

Com base em um estudo encomendado pela Comissão Europeia denominado *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*²⁰, pode-se distinguir dois principais efeitos sobre os agentes do mercado, decorrente do aumento dos preços operados pelos cartéis: a) os prejuízos individuais decorrentes da exclusão de potenciais compradores dos produtos do mercado cartelizado; e b) a redução, mediata ou imediata, do patrimônio de compradores diretos ou consumidores finais

¹⁷ Ibid. p. 115

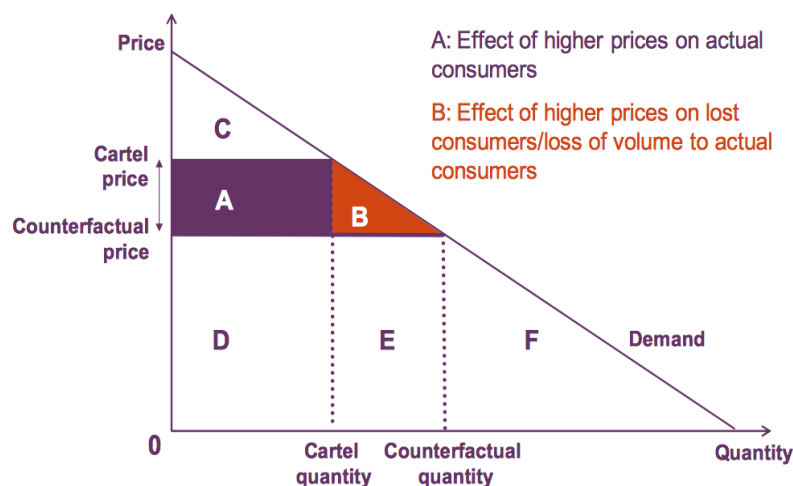
¹⁸ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira Neto (2016), “Nesse sentido, o CADE segue em larga medida a postura de outras jurisdições, que em regra admitem a presunção dos efeitos negativos de um cartel”. p. 110

¹⁹ No presente estudo, não cumpre fazer maiores distinções entre os tipos cartéis, razão pela qual não identifiquei especificamente os conceitos que diferenciam os cartéis soft-core e os cartéis hard-core.

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009. p. 13

de um mercado cartelizado, em razão de pagarem mais caro por um produto do que se pagaria em um mercado competitivo – diferença que é chamada de sobrepreço.²¹

A figura abaixo permite visualizar esses dois efeitos.



Note: This is a standard representation of a market, with price on the y-axis, quantity on the x-axis, and a downward-sloping demand (which means that buyers will purchase greater quantities at lower prices). Many variations of this representation are possible, based on different assumptions regarding demand, but these would not alter the main effects illustrated here.
Source: Oxera, based on the standard textbook representation.

(Figura 1 – Fonte: *Quantifying antitrust harm...*, p. 14)

A área do triângulo “B” representa o impacto do cartel na redução da demanda, o que resulta em uma diminuição do volume comercializado no mercado cartelizado. Essa área também é chamada de perda decorrente de peso-morto, ou *deadweight loss*. Esse efeito está ligado a um prejuízo indireto a alguns agentes do mercado: a) fornecedores; b) potenciais compradores; c) potenciais consumidores; e d) empresas que atuam em mercados conexos.

Fornecedores podem sofrer com o efeito reflexo do aumento de preços, decorrente da redução da demanda dos produtos e, conseqüentemente, da redução dos insumos desses produtos. *Potenciais compradores e potenciais consumidores* sofrem prejuízos quando o preço é elevado para além do nível que estes estão

²¹ O presente estudo irá tratar apenas de cartel de vendedores, cartel em que se aplica preços combinados ao mercado à jusante. Em princípio, todos os prejuízos aqui considerados para cartel de vendedores também se aplicam, em um cartel de compradores, aos elos à montante na cadeia, cuja redução patrimonial dos fornecedores se dá em razão de estes venderem seus produtos por um valor menor do que aquele a que se venderia em um mercado competitivo (diferença chamada de subpreço). Cumpre notar que em um cartel de compradores também é comum que exista, além do subpreço suportados pelos elos à montante, efeitos suportados pelos elos à jusante.

dispostos a pagar, fazendo com que esses agentes simplesmente deixem de consumir esse produto ou o substituam por outro mais barato. *Empresas que atuam em mercados conexos*, ou seja, mercados cujas curvas de demanda têm relação entre si, sofrem com o desequilíbrio da demanda causado em um mercado cartelizado. Em suma, a capacidade de ditar preços ou de reduzir a oferta resulta em prejuízos indiretos a esses agentes do mercado.

Outro efeito do cartel que merece ser ressaltado é o prejuízo individualmente causado diretamente aos agentes do mercado, decorrente do aumento de preço acima do nível competitivo – situação representada pela área “A” da **Figura 1** acima. O sobrepreço é suportado por uma série de agentes do mercado: a) os compradores diretos; b) compradores indiretos; c) consumidores e d) empresas que atuam em mercados conexos.²²

Compradores diretos, compradores indiretos e consumidores sofrem, em tese, do mesmo efeito decorrente do aumento de preços do mercado cartelizado, a redução direta do patrimônio, ou da diminuição dos lucros, desses compradores.

O presente estudo levará em conta os conceitos acima delineados para a discussão que aqui se propõe sobre as ações de reparação de danos decorrentes de ato ilícito concorrencial. Quando este estudo falar nessas ações, deve-se pensar nas ações de reparação de danos decorrentes de cartéis, e não mais em ações de danos decorrentes de qualquer ato ilícito concorrencial. Cartéis são as principais e mais presentes condutas anticoncorrenciais no Direito Brasileiro. Tratar unicamente de cartéis não traz prejuízo à presente análise, ao contrário, permite que a análise seja mais específica e direta, sem o risco de perder o foco.

1.3 Divisão das competências estatais

O surgimento do Estado Democrático de Direito significou a funcionalização de todos os poderes, atribuições e competências estatais, o que significa que, através desse mecanismo, as estruturas estatais passaram a assumir diferentes funções,

²² UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009. p. 26

contando com características próprias, cada uma a satisfazer interesses essenciais próprios de sua *função estatal*.²³

Funções estatais, nesse contexto, indicam posições jurídicas caracterizadas pela titularidade de deveres, poderes e direitos atribuídos para a realização dos interesses essenciais, particulares e sociais.²⁴ Assim, as estruturas estatais estão incumbidas não somente de cumprir o regime legal a que estão sujeitas, mas também de “perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa a sua órbita própria e individual”.²⁵ Se, de um lado, essas estruturas estão sujeitas a praticar condutas necessárias e adequadas para promover interesses essenciais, estão também proibidas de praticar “qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo”.²⁶

De acordo com a clássica concepção tripartite de separação dos Poderes, as estruturas do Estado brasileiro podem ser organizadas por seu conjunto de competências em *função legislativa*, *função jurisdicional* e *função administrativa*.

Nesse caso, a *função jurisdicional* pode ser tratada como o conjunto de competências estatais orientada a solucionar conflitos por heterocomposição.²⁷ De forma mais elaborada, Bruno Corrêa Burini (2010) afirma que a jurisdição é a conjugação de três elementos: função, atividade e (exercício de um) poder. Nas palavras do autor,

Atividade do Estado quando atua sobre a esfera da liberdade dos seus jurisdicionados mediante o exercício do poder de ditar e impor decisões, por meio da substituição da vontade das partes⁶⁵ e da utilização de formas de coerção e pressão para o cumprimento de decisões; *função* destinada à imposição da vontade do direito ao caso concreto, (sujeição das partes à jurisdição) mediante o exercício de uma atividade pública regida por normas de direito público, permeada pela inevitabilidade e imunidade de seus comandos⁶⁶; e (exercício de um) *poder* quando analisada pelo enfoque político, permeada por um sistema aberto e flutuante conforme as pretensões históricas, filosóficas e sociais de um Estado.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10a edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 116

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10a edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 146

²⁵ *Ibid.* p. 147

²⁶ *Ibid.* p. 147

²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 154

Fundamental entender que a jurisdição deve estar “destinada à imposição da vontade do direito ao caso concreto”. Ou seja, a jurisdição deve se pautar pela aplicação da vontade da Lei, e nessa vontade da Lei deve encontrar o limite de sua finalidade.

A *função administrativa*, por sua vez, pode ser tratada como o conjunto de competências estatais com o fim de

promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional²⁸.

Nesse caso, a *função administrativa* tem uma finalidade organizadora, auxiliar a atuação política do Estado, e esta função diferencia-se mais claramente da *função jurisdicional* por não exercer uma função orientada à “composição de litígios por meio de sujeitos alheios ao conflito de interesses”.²⁹

Contudo, essa concepção de *função administrativa* não abraça toda sua amplitude, ou todas as competências nela inseridas. Isso porque é praticamente inconcebível uma divisão exata das estruturas do Estado, em que se assuma completa dissociação entre as *funções estatais*³⁰. Como explica Bruno Corrêa Burini (2010), “admitem-se pontos de contatos entre as atividades, relações entre essas manifestações do poder do Estado em razão da não rigidez dos esquemas traçados para cada um deles”.³¹ Dessa forma, entende-se pela existência de interpenetrações das funções estatais, resultante de uma “legitimação, flexibilização e interação da distribuição de funções e atividades entre os diversos Poderes que compõem o Estado”.³² Disso nasce a *função administrativa judicante*, entendida como uma função complementar à *função administrativa*, em que um órgão administrativo, mesmo tendo

²⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 116

²⁹ Ibid. p. 123

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10a edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 117

³¹ CORRÊA, Bruno Burini. Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 36

³² Ibid. p. 36

caráter administrativo, exerce uma função quase-jurisdicional, impondo a vontade do direito ao caso concreto, quando se depara com uma crise de direito material.³³ A *função administrativa judicante* e sua atuação será melhor discutida na seção a seguir.

1.4 A responsabilidade administrativa por danos à concorrência

Como visto, fazendo uso das diversas estruturas sob seu controle, o Estado busca satisfazer interesses essenciais presentes na ordem constitucional. No Direito Econômico, tais interesses essenciais encontram garantia nos princípios constitucionais previstos no artigo 170 da Constituição Federal. No caso do Direito da Concorrência, são os interesses essenciais encontram garantia nos princípios da *livre iniciativa* e da *livre concorrência*.

O primeiro, uma ramificação do princípio da liberdade individual, é um direito subjetivo e garante a qualquer agente do mercado exercer livremente, nos limites legais, atividade econômica em sentido amplo. O segundo, uma ramificação do princípio da isonomia, é uma norma afirmativa, dependendo de uma atuação ativa do Estado para limitar a atividade econômica, de forma que se faça possível o desfrute da liberdade de iniciativa. Muito embora esses princípios possam ser entendidos como limitações um do outro (o aumento da amplitude de um deles irá deflagrar a diminuição da amplitude do outro), o Estado atua na conformação e aplicação desses princípios, na crença de que quaisquer atos que atentem contra esses princípios geram prejuízos a interesses tutelados pelo direito concorrencial.

Identifica-se pelo menos três interesses principais da sociedade que encontram garantia nesses princípios: “o dos consumidores, o dos participantes do mercado (concorrentes) e o interesse institucional da ordem concorrencial”.³⁴ Para o autor Calixto Salomão Filho (2003), esses interesses traduzem-se, em última análise, em um interesse institucional da manutenção da ordem concorrencial.

³³ CORRÊA, Bruno Burini. Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. pp. 35 - 37

³⁴ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – As condutas. 1a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 61

O autor traz a concepção de que a concorrência é considerada uma garantia institucional e, portanto, deve ser protegida como um interesse em si. Essa garantia institucional abrange, a um só tempo, todos os interesses acima mencionados, o interesse individual e o interesse coletivo.³⁵ Dessa forma, a garantia institucional da ordem econômica não se confunde com os interesses individuais ou coletivos, mas através de sua proteção ela garante todos os interesses sociais.

A concorrência é assim considerada porque as normas do Direito da Concorrência são tratadas como *normas de proteção*³⁶. Ou seja, a violação dessas normas traz a presunção de um dano, seja a um indivíduo ou a uma coletividade de indivíduos, como nas normas de Direito Ambiental. Qualquer prejuízo causado à concorrência é um prejuízo em si, o que exige do poder público intervenção na ordem econômica para garantir esse interesse institucional.

O poder público encontra legitimação para proteger o interesse institucional da concorrência na Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011 e nos artigos 170 e 173, *caput* e § 4 da Constituição Federal,³⁷ atuando ativamente como “agente normativo e regulador da atividade econômica” na preservação desse interesse por meio do controle das atividades dos agentes do mercado. Quaisquer atos que possam, ainda que potencialmente,³⁸ prejudicar a concorrência devem ser reprimidos pelo poder

³⁵ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – As condutas. 1a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 69

³⁶ Tradução livre de Schutzgesetze do direito alemão.

³⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

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

³⁸ Artigo 36 da Lei n. 12.529/11. “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

público na atuação de sua *função administrativa*, conforme exposto no artigo 173, §4, da Constituição Federal.

Portanto, com os fins de proteger o interesse institucional da concorrência que o artigo 173, §4, da Constituição Federal, prevê que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. E é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, entidade criada pela Lei n. 4.137/62 e transformada em autarquia pela Lei n. 8.884/94, a autoridade incumbida de reprimir as infrações à ordem econômica, através da análise comportamental do agente do mercado, da verificação da legitimidade e legalidade da conduta do agente, com base na política antitruste.³⁹ É em sessão do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica que ocorrem os julgamentos de atos ilícitos concorrenciais, órgão julgante que tem o papel de, dentre outras atribuições, a) zelar pela observância da Lei n. 12.529/11 e seu regulamento e do regimento interno; b) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; e c) decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral.⁴⁰

Dessa forma, o CADE assume uma posição de *autoridade administrativa julgante*,⁴¹ com capacidade para julgar infrações concorrenciais.⁴² Como explicado acima, a jurisdição se pauta pela aplicação da Lei, como objeto de seus cuidados.

bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

³⁹ A atuação preventiva do CADE no controle de estruturas não é objeto de discussão desse trabalho e, portanto, qualquer menção a essa atuação preventiva ao longo do texto será referencial, sem guardar qualquer importância para a discussão aqui trazida.

⁴⁰ Artigo 9º da Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011.

⁴¹ Como exposto por Burini, p. 37 “O Superior Tribunal de Justiça tratou sobre a matéria em julgamento relatado pelo Min. Luiz Fux, afirmando que “a decisão proferida pelo CADE tem, portanto [...], uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3o, como já salientado, conceitua o CADE como um „órgão julgante”. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.” STJ, 1ª. T, RESP 590690, Rel Min. Luiz Fux, j. 26.01.04.

⁴² VERÍSSIMO, Marco Paulo. Aproximação sistemática ao controle judicial das afências de regulação econômica no Brasil. p. 72. apud BURINI (2010) p. 36

Não é diferente com a *autoridade administrativa judicante*⁴³, que, por meio de uma *função repressora*, interpreta condutas como ilícitas e aplica sanção aos agentes desviantes.

Essa é a *função repressora* da *autoridade administrativa judicante*, que, diferente do judiciário, é, em tese, a única incumbida pela sanção de condutas anticoncorrenciais. Essa *função repressora* é uma prerrogativa que apenas esta *autoridade administrativa judicante* detém. É baseada no poder de polícia da administração pública, e na sua utilização discricionária, de reprimir o ato ilícito concorrencial, com vistas também a dissuadir (*deterrence*) o ato ilícito concorrencial.

A *função repressora* traduz-se na aplicação de penalidades ao agente desviante, a qual tem duas finalidades, a finalidade retributiva e a finalidade preventiva.⁴⁴ Enquanto a finalidade retributiva baseia-se em um conceito moral de devolver o prejuízo sofrido pela sociedade ao agente desviante, a finalidade dissuasória da pena baseia-se em um conceito utilitário de que a pena deve servir a uma utilidade maior, qual seja, prevenir nova prática da conduta pelos agentes.

Dissuasão, aqui, significa desencorajar agentes econômicos de praticarem – novamente ou primariamente – a conduta de cartel, através da utilização de mecanismos para tornar a prática de cartel desvantajosa. Agentes econômicos que praticam cartel só o fazem na medida em que o cartel se mostrar lucrativo. Para coibir a prática, portanto, é necessário que o cartel seja desvantajoso ao agente infrator, de forma que isso acontecerá a partir do momento que o lucro obtido com o cartel for menor que os custos de manutenção da prática, ajustado pela possibilidade de a prática ser descoberta.

Portanto, a pena aplicada pelo CADE exerce as funções de punir para retribuir e punir para prevenir, no sentido pretendido pelas normas do Direito da Concorrência. Essa forma de atuar do CADE decorre da vontade da Constituição, de seu artigo 173, § 4, e da vontade da Lei de Defesa da Concorrência, que garante ao CADE uma atuação *judicante* para prevenir, apurar e reprimir infrações à ordem econômica, algo próximo à atuação jurisdicional.

⁴³ CORRÊA, Bruno Burini. Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 64

⁴⁴ Flávia, p. 126 - 130

1.5 A responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel

O Direito Positivo impõe condutas externas a qualquer pessoa por exigência da convivência social. A essas condutas, dá-se o nome de dever jurídico. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2015), “a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”.⁴⁵ Nesse sentido, sempre que um dever jurídico for descumprido, novo dever jurídico será gerado. No caso de um ato ilícito gerar dano a outrem, esse novo dever jurídico será o dever de ressarcir o prejuízo decorrente da violação. A responsabilidade civil é, portanto, “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.⁴⁶

A responsabilidade civil é pautada pelo artigo 927 do Código Civil que dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Com relação ao ato ilícito, este tem sua previsão nos artigos 186 e 187 do Código Civil, que preveem que cometem ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” e “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A responsabilidade civil nasce com o ato ilícito causador de um dano e tem a finalidade de reparar aquilo que foi lesado, ou seja, retornar a atual situação do indivíduo lesado ao *status quo ante*, quando ainda não havia ocorrido o fato danoso.⁴⁷ Há uma necessidade fundamental em se reestabelecer a ordem, baseada em uma medida de justiça. Na responsabilidade civil, impera o princípio da reparação integral, ou seja, “tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão”.⁴⁸ Este princípio está explícito no artigo 944, *caput*, do Código Civil, ao dispor que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Pode-se afirmar, portanto, que a

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16

⁴⁶ *Ibid.* p. 16

⁴⁷ *Ibid.* p. 18

⁴⁸ *Ibid.* p. 28

principal característica da responsabilidade civil é “chegar à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima”.⁴⁹

Para melhor entendimento da forma de aplicação do princípio da reparação integral da responsabilidade civil, ele pode ser decomposto em três funções: a função compensatória, a função indenitária e a função concretizadora. Em menção ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que compõe os quadros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Cavalieri Filho (2016) discorre:

Como bem observa o Ministro Sanseverino, a doutrina fornece elementos que permitem identificar três funções para o princípio da reparação integral: “A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora)”.

Observa-se que não se leva em conta quaisquer outros critérios, que não a extensão do dano sofrido, para aferição do valor indenizatório.⁵⁰ Ou seja, o prejuízo causado ao indivíduo está diretamente relacionado ao valor da indenização. Da mesma forma, a atuação do judiciário em ações indenizatórias individuais deve sempre estar pautada em um único objetivo, o de aplicar a Lei na solução do conflito entre as partes, o que, aqui, implica na reparação justa do dano sofrido.

Como não poderia ser diferente, além da responsabilidade administrativa por violação de norma da concorrência, o sujeito violador da norma poderá ser responsabilizado em qualquer das esferas, administrativa, cível e penal, inclusive conjuntamente, sem que a responsabilização em uma esfera prejudique a responsabilização em outra. Diferentemente do que ocorre na responsabilidade administrativa, em que o prejuízo à concorrência – prejuízo institucional – é o objeto

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29

⁵⁰ Cabe ressaltar que a única possibilidade admitida pelo ordenamento jurídico para se assumir um valor diferente entre a medida do dano e o valor a ser indenizado é quando há excessiva desproporção entre a culpa e o dano, situação em que é permitido ao juiz reduzir o valor da multa. Isso decorre do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, onde se lê: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

da responsabilização, a responsabilidade civil se pauta no prejuízo a um indivíduo, ou a uma coletividade de indivíduos.

A Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 47, reforça a possibilidade de responsabilização civil no âmbito do Direito da Concorrência, indicando de forma expressa o direito de propor ações reparatórias por dano concorrencial, que pode ser exercido por qualquer um que se sentir lesado por atos ilícitos concorrenciais, indicando que os ilícitos concorrenciais também causam efeitos na esfera civil:

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 ação.

Assim, enquanto o CADE está encarregado da *função repressora* no direito da concorrência, por meio da aplicação de uma pena pecuniária, pouco importando se os efeitos de uma conduta causaram dano a algum outro agente ou à sociedade, a responsabilidade civil por danos concorrenciais está encarregada de uma função reparatória, ligada aos efeitos da conduta anticoncorrencial, por meio de uma condenação que busca reparação integral do dano sofrido, na intenção de retornar a situação da vítima da conduta anticoncorrencial ao *status quo ante*.

No caso de ARDCs, e na contramão do acima exposto, Daniel Costa Caselta (2016), entende que essas ações servem a “dois objetivos principais, complementares entre si: reparação dos danos sofridos pelos prejudicados e desestímulo à prática de infrações concorrenciais”.⁵¹ Da mesma forma, Bruno Oliveira Maggi (2010) fala em “papel de desestímulo ao ilícito”⁵² a ser cumprido pela indenização civil nos casos de ARDCs. Entretanto, entende-se que não há que se falar em objetivo, papel ou função dissuasória da condenação do judiciário em ARDCs. Inclusive, nesse contexto, as

⁵¹ CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016. p. 67

⁵² MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 188

funções dissuasória e reparatória da condenação em ARDCs podem ser interpretadas como incompatíveis entre si.⁵³

É necessário fazer diferenciação entre a função da indenização em ARDCs⁵⁴ e seu efeito dissuasório a condutas de cartel. Como será melhor explicado adiante, tanto no Brasil como em outras jurisdições, as ARDCs têm sido objeto de incentivo por parte das autoridades antitruste, principalmente por estas autoridades reconhecerem, nessas ações, um importante efeito dissuasório da condenação civil de reparação por danos decorrentes de cartel. A dissuasão, dessa forma, é um objetivo do incentivo das ARDCs em seu contexto de *advocacy* no Direito da Concorrência, mas não um objetivo da própria condenação da ação reparatória.

Como explicado, a jurisdição está destinada à imposição da vontade do direito ao caso concreto e não há previsão legal que sustente a existência de um papel dissuasório das ARDCs. Assumir que existe esse papel dissuasório seria assumir que os cálculos dos danos em uma ARDC devem se pautar pela tentativa de tornar a prática de cartel uma prática não lucrativa, através da tentativa de imposição de custos maiores que o benefício obtido em se praticar a conduta. E esse é o papel do CADE.

1.6 O recente desenvolvimento do tema no mundo e o problema da quantificação dos danos nas ações de reparação por danos decorrentes da prática de cartel

Ana Paula Martinez e Mariana Tavares de Araújo (2016), em artigo denominado *Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks*, tratam do recente progresso do Direito Brasileiro em relação à propositura de ARDCs no Brasil nos últimos seis anos, notando que, muito embora o Brasil esteja evoluindo sobre esse

⁵³ HOVENKAMP, p. 7. “The rationale for private antitrust damage actions could be either compensation or deterrence. The goal of an enforcement system based on compensation is to restore injured parties to their position had the violation not occurred. The goal of an enforcement system based on deterrence is to identify some optimal level of violations that should be eliminated, and make that level of violations unprofitable by imposing costs on prospective violators.”

⁵⁴ Ressalvas devem ser feitas quanto às ações reparatórias coletivas por danos concorrenciais, já que as ações coletivas podem admitir uma condenação com função punitiva ou dissuasória. Sobre o tema, consultar Para maiores detalhes sobre o cabimento de *punitive damages*, consultar ANDRADE, André Gustavo. Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

assunto, ainda há muitas barreiras a serem ultrapassadas.⁵⁵ Como ressaltado pelas autoras, nota-se um número cada vez maior de ações civis públicas por violações à ordem econômica e de ações individuais ajuizadas por empresas vítimas da prática de cartel, mas a quantidade de ações dessa espécie não acompanhou o crescimento do número de condenações pelo CADE.

Para as autoras, esse recente crescimento da propositura de ARDCs no Brasil está relacionado a, principalmente: a) uma preocupação recente das autoridades de defesa da concorrência em incentivar a propositura de ARDCs; e b) ao crescente número de condenações de práticas anticoncorrenciais pelo CADE.

A preocupação das autoridades de defesa da concorrência com a propositura de ARDCs decorre de uma preocupação crescente dessas autoridades com os danos concretos causados pelos cartéis aos agentes do mercado, que, evidentemente, ultrapassam a existência de um dano institucional à concorrência. Além disso, existe uma percepção, por parte de autoridades de defesa da concorrência de outras jurisdições, e recentemente pelo CADE, de que a dissuasão ótima a cartéis também decorre do incentivo à propositura de ARDCs.

Em 2010, por exemplo, o Tribunal do CADE determinou o envio de cópia da decisão do Tribunal a consumidores potencialmente lesados pelo cartel dos gases industriais, para que aqueles pudessem ajuizar ações reparatórias contra os membros do cartel. Desde então, o CADE tem mostrado uma preocupação crescente com a propositura de ARDCs no Brasil, o que pode ser demonstrado por recente Consulta Pública lançada por esta autoridade de defesa da concorrência, para tratar de uma proposta de Resolução e propostas legislativas de projetos de lei que regulamentem o tema,⁵⁶ com a pretensa intenção de facilitar a propositura de ARDCs no Brasil.

Contudo, é inegável que o Brasil se encontra em uma fase inicial quando o assunto é incentivo à propositura de ARDCs.⁵⁷ A Comissão Europeia, por exemplo,

⁵⁵ MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks. jan. 2016. p. 2 - 3

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade submete à consulta pública resolução sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>> Acesso em: 20 jan. 2016.

⁵⁷ MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks. jan. 2010. p. 1 - 4

tem demonstrado uma preocupação em incentivar a propositura de ARDCs pelo menos desde 2005, quando foi publicada a primeira iniciativa institucional numerando os problemas dessas ações e buscando soluções para o aumento do número de ARDCs nos países membros da União Europeia, o *Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules*.

Esse *Paper* buscava incentivar a propositura de ARDCs por agentes do mercado e por indivíduos que se sentissem lesados pela prática de condutas anticoncorrenciais,⁵⁸ através da identificação dos principais obstáculos para um sistema mais eficiente para a propositura dessas ações e da sugestão de instrumentos capazes de solucionar esses problemas.⁵⁹

Posteriormente, em 2008, diante das contribuições da sociedade civil ao *Green Paper*, a Comissão Europeia publicou o *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules*, que trouxe algumas recomendações para auxiliar a propositura de ações de danos no âmbito dos Estados Membros.

Em 2014, a União Europeia transformou em lei uma proposta de Diretiva da Comissão Europeia, *Directive 2014/104/EU*, que identifica os principais problemas relacionados à propositura de ARDCs no âmbito dos Estados Membros e procura solucioná-los, instituindo critérios definidos para a propositura e solução de ARDCs no âmbito dos estados membros.⁶⁰ Dentre os problemas identificados, pode-se mencionar a legitimidade para propositura de ações, o *status* de título executivo das decisões da Comissão Europeia, a questão do acesso a provas, a questão da prescrição e, por fim, a questão da quantificação dos danos.

A quantificação dos danos foi uma preocupação endereçada pela Comissão Europeia desde muito cedo, e, muito embora a escassa jurisprudência pátria sobre ARDCs não nos permita tirar maiores conclusões sobre a condução da estimação dos danos nessas ações, vislumbra-se que o Brasil também encontre, ou venha a

⁵⁸ O assunto, no entanto, esteve presente bem antes disso, quando em 2001 a Corte Europeia de Justiça, no caso C-453/99 *Courage and Crehan*, decidiu sobre o direito de obter indenizações decorrentes de danos concorrenciais.

⁵⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *Green Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, 19 dez. 2005. p. 1

⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringers of the competition law provision of the Member States and of the European Union*. Official Journal of the European Union, 5 dez. 2014.

encontrar, problemas para a determinação dos danos individuais sofridos pelas vítimas de cartel. Entretanto, nem o CADE, nem a doutrina ou mesmo a jurisprudência têm dispendido a atenção necessária à questão da quantificação dos danos.⁶¹

Ao contrário, o CADE tem demonstrado maior preocupação com a questão da prova da ocorrência do dano (questão também crucial à propositura de ARDCs e que requer um maior *standard* de prova que a quantificação dos danos). As propostas legislativas e de resolução da autoridade têm mostrado o foco do CADE em questões relacionadas ao acesso a provas por vítimas de cartel, o que leva a crer que o CADE tem uma preocupação maior em resguardar a persecução pública, com medidas protetivas a seus programas de leniência e de termo de cessação de conduta, que propriamente incentivar a propositura de ARDCs. De fato, é possível que o CADE esteja alvejando o principal entrave processual encontrado no momento para a propositura de ARDCs. Mas crê-se que, passado o momento processual para se provar do dano, as ARDCs encontrarão entraves no momento processual para quantificação desses danos.

Nesse momento histórico de tentativa de incentivar a propositura de ARDCs no Brasil, acredita-se que devem ser pontuadas algumas particularidades e alguns problemas que envolvem a quantificação dos danos nessas ações. E é sobre isso que trata o presente estudo.

A questão da quantificação dos danos foi identificada pela Comissão Europeia como um dos principais problemas que envolvem a propositura de ARDCs na União Europeia. Isso se deve, principalmente, ao fato de que essas ações enfrentam a questão da plena reparação de danos (*right to full compensation*),⁶² que não deve levar a uma “*overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages*”, similar ao sistema legal brasileiro.

Conforme discorrido acima, a atuação do poder público no combate a cartéis não visa a uma reparação ou a uma compensação de prejuízos causados pelos agentes desviantes, mas a uma repressão a essas condutas ilícitas, de forma que o

⁶¹ Esta afirmação baseia-se no estudo realizado em: CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira de. Responsabilidade Civil Concorrencial: Elementos de Responsabilização Civil e Análise Crítica dos Problemas Enfrentados pelos Tribunais Brasileiros. Ideias em competição – 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. / São Paulo: IBRAC/TIM/Editora Singular, 2015. pp. 185 – 202

⁶² Artigo 3 da Diretiva 2014/104/EU da UNIÃO EUROPEIA (2014).

CADE considera a lesão à *concorrência como instituição* para a aplicação da sanção administrativa, “tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente dissuasório”.⁶³ O prejuízo à *instituição concorrência* não se confunde com os danos individualmente sofridos pelos consumidores, concorrentes, ou mesmo pela sociedade.

É essa, por exemplo, a diferença entre a responsabilização civil em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e a responsabilização administrativa por ato ilícito concorrencial pelo CADE. Só é defensável a ideia de um *ne bis in idem* ao haver condenação concomitante nessas duas esferas, caso se entenda que, no caso do CADE, o valor da sanção não guarda absolutamente nenhuma correspondência com o prejuízo causado.

Portanto, em tese, ao CADE basta uma condenação que promova um aumento de bem-estar geral, sem que isso signifique uma tentativa de trazer a concorrência ao *status quo ante*. De forma geral, não é necessário, para a proteção das garantias institucionais, que exista um valor monetário identificável para a condenação das empresas que causaram prejuízos através de práticas anticoncorrenciais.⁶⁴ Mais além, segundo Calixto Salomão Filho (2003), não é possível estabelecer critérios definidos para a apuração dos prejuízos institucionais e, sendo preciso, caso a caso, “apurar o que é necessário para o ressarcimento do dano institucional ou, quando essa apuração não for factível, estabelecer critérios legais objetivos para a determinação do valor”.⁶⁵

Isso é o que justifica a condenação pecuniária do cartel pelo CADE ser determinada na proporção do faturamento bruto da empresa,⁶⁶ não guardando qualquer relação com o prejuízo causado pelo cartel. É também por essa razão que

⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 6. Essa é a opinião da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE no caso de cartéis, por exemplo, que entende que, diante do fato de que os cartéis são difíceis de ser descobertos, “o principal propósito das sanções em casos de cartéis é a dissuasão”.

⁶⁴ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – As condutas. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 63

⁶⁵ CALIXTO, Salomão Filho. Direito Concorrencial – As condutas. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 64

⁶⁶ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 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, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

as sanções administrativas podem variar entre multa e outras medidas restritivas de direito, pois a aplicação da sanção administrativa apenas requer um aumento de bem-estar da coletividade, que é medido de forma discricionária.

Quando diante de um ato ilícito concorrencial, para a aplicação de pena de multa pecuniária e outras penalidades, “levar-se-á em consideração”, quesitos presentes no artigo 45 da Lei n. 12.529/2011, ou seja, a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; e a reincidência.⁶⁷ Ou seja, a aplicação de multa e outras penalidades não depende, obrigatoriamente, da consideração de quesitos objetivos, mas esses quesitos são apenas um meio de direcionamento na determinação da sanção. Mais além, a condenação pecuniária do cartel é calculada na proporção do faturamento bruto da empresa, demonstrando ausência de preceito legal que relacione diretamente o montante do prejuízo institucional e o montante da condenação.

Pode-se dizer que, no caso do CADE, o valor da sanção não guarda absolutamente nenhuma correspondência com o prejuízo institucional. A própria jurisprudência do CADE, já opinou no sentido de que a utilização de cálculos para determinar prejuízos não guarda absoluta relação com o papel do CADE na proteção institucional da concorrência. Confirma-se, a esse respeito, o voto do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, no Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, no julgamento do conhecido Cartel dos Gases no Estado de São Paulo:

Foi argumentado em favor da defesa que a prática não teria resultado em prejuízo e, conseqüentemente, não seria punível. O argumento é insustentável.

Em primeiro lugar, destaco que a função primordial do CADE é proteger a concorrência como mecanismo de orientação da atividade econômica. Quando competidores entram em contato para minimizar o nível de disputa entre si, há há aí um prejuízo à sociedade. Nesta situação, a atividade

⁶⁷ Conforme explicado, na atuação de sua função conformadora, o CADE aplica sanções às infrações à Concorrência com a função de manter a ordem econômica. Ainda que adstrito à norma concorrencial, o CADE atua na tentativa de satisfazer garantias fundamentais e o interesse público, além, como explicado, da política antitruste, o que admite uma grande margem para atuação dentro de um juízo discricionário. Esse juízo de discricionariedade comporta, além do julgamento das infrações previstas no artigo 36 da Lei n. 12.529/11, também a aplicação discricionária das penalidades dos artigos 37 e seguintes.

econômica passa a ser orientada não pelas demandas do cliente, e sim pelas demandas dos parceiros no acordo espúrio.

Um fundamento básico do sistema capitalista é a confiança no setor privado para a produção de bens e serviços. E essa confiança sustenta-se, basicamente, na ideia de que qualquer tentativa de abuso por parte de um empresário implicaria perda de clientes e negócios para seu competidor. Quando empresários se unem para combinar preços e condições de mercado, tem-se a perda do mecanismo básico que assegura a eficácia do nosso sistema econômico.

Nestas linhas, concluo que a realização de contatos com o intuito de arrefecer ou afastar a competição no mercado há aduz, em si, um prejuízo à concorrência punível nos termos da lei. Uma vez provada a existência de tais contatos ilícitos, não há como se alegar ausência de efeitos danosos. (Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70 – grifo nosso)

Como pode ser extraído do trecho acima, de acordo com o Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, independentemente de se haver ou não alegações de prejuízos individuais – ou mesmo efetiva ausência de prejuízos –, esses prejuízos não são objeto de tutela pelo poder público na proteção do Direito da Concorrência. Ao contrário, como visto acima, “a função primordial do CADE é proteger a concorrência como mecanismo de orientação da atividade econômica”.

Como decorrência disso, por exemplo, no julgamento do cartel acima considerado, foram aplicados percentuais graduais sobre o faturamento das empresas representadas, levando-se em conta agravantes e atenuantes, como reincidência e parcela de participação na conduta, conforme previsão legal.

Em suma, o contexto jurídico em que o CADE está inserido permite que a autarquia não enfrente maiores problemas para a determinação da sanção administrativa que será aplicada em cada caso. O mesmo não ocorre na quantificação dos danos da ARDCs. E isso foi percebido pela Comissão Europeia desde as primeiras iniciativas institucionais, por parte desta autoridade, em matéria de ARDCs.

Ao passo que o CADE e outras autoridades de defesa da concorrência como a Comissão Europeia, não enfrentam maiores problemas para a determinação da sanção administrativa, a quantificação dos danos em ARDCs tem se mostrado um óbice tanto à propositura quanto à solução dessas ações em outras jurisdições.⁶⁸ Assim acontece porque a quantificação dos prejuízos individuais causados por cartéis é um exercício de extrema dificuldade, envolvendo complexas questões econômicas

⁶⁸ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009.

e jurídicas, sempre com a finalidade de se atingir uma plena reparação de danos, o que resulta em um dos principais obstáculos enfrentados pelos potenciais proponentes de ARDCs. Ademais, a quantificação dos danos em ARDCs envolvem uma comparação hipotética entre o mercado cartelizado e um mercado hipoteticamente competitivo.

Como dito, ARDCs ainda são incipientes no Brasil e não dispomos de discussão profunda sobre a quantificação dos danos nessas ações. Mesmo diante dessa limitação, o presente estudo se presta a analisar ao máximo as questões jurídicas que envolvem a quantificação do dano nas ARDCs no Direito Brasileiro.

Para tanto, o trabalho será limitado à análise das ações reparatórias individuais por danos concorrenciais, haja vista a sistemática utilizada no cálculo de danos em ações reparatórias coletivas por danos concorrenciais ser particularmente diferente de ações individuais. Cumpre lembrar que, conforme já explicado, o trabalho será limitado a ações reparatórias individuais por danos concorrenciais decorrentes de cartéis.

2 OS PREJUÍZOS CAUSADOS POR CARTÉIS E A DOSIMETRIA DA PENA APLICADA PELO CADE

Como explicado acima, o CADE não tem função de reparar os danos causados pelo cartel à concorrência ou aos indivíduos, mas aplicar penalidades em consonância com sua *função repressora*. Essa função do Estado se pauta pela aplicação de penas, que, no caso da pena aplicada pelo CADE, tem duas finalidades reconhecidas, a de responder o mal com o mal (caráter retributivo) e a de dissuadir, de modo geral e especial, a conduta (caráter preventivo).⁶⁹ Enquanto a finalidade de responder o mal com outro mal – aplicação de uma punição pelo Estado em resposta a uma conduta ilícita – tem raízes morais, a finalidade dissuasória da pena tem raízes utilitárias, sob o fundamento de que a pena deve servir a uma utilidade maior, qual seja, prevenir tanto outros potenciais membros quanto os próprios membros do cartel de praticar ou voltar a praticar a conduta ilícita.

Conforme explicado, agentes econômicos que praticam o cartel só o fazem porque têm incentivos para isso: o cartel gera lucros a seus membros. Dessa forma, para coibir completamente a prática, é necessário que o cartel seja desvantajoso ao agente infrator ou ao potencial agente infrator. Coibir totalmente a prática acontecerá a partir do momento que o benefício obtido com o cartel for menor que os custos impostos ao cartel, ajustada pela probabilidade de a conduta ser punida.⁷⁰ Essa ideia, trazida por Gary Becker em seu artigo *Crime and Punishment: an Economic Approach*, está ligada à aplicação da pena buscando-se um efeito dissuasório ótimo.⁷¹

Reconhece-se que a pena aplicada pelo CADE tem essa dupla finalidade, a de punir a conduta por conta de seu efeito moral à sociedade, que entende que a conduta deva ser punida, e para prevenir a ocorrência de novos cartéis. Isso está em

⁶⁹ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 126 – 130

⁷⁰ CALVANI, Terry; CALVANI, Torello H. Cartel sanctions and deterrence. *The Antitrust Bulletin*: Vol. 56, No. 2, Nova Iorque, p. 185-206, 2011. p. 186. “The law and economics literature suggests that a violation can be deterred if the value of a sanction imposed, such as a fine, exceeds the expected gain associated from the violation adjusted by the probability that the sanction will be imposed.”

Essa é, por exemplo, a lógica observada na aplicação dos *treble damages* nos Estados Unidos. O cálculo leva em conta a suposição de que o cartel tem a chance de 1 para 3 de ser descoberto e punido. cf. HOVENKAMP (2011)

⁷¹ ref. SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 167

consonância com o entendimento adotado anteriormente, de que a função da autoridade judicante é reprimir a conduta, até o momento em que ela torna-se ineficiente ao membro do cartel.

Considerando que o papel fundamental do CADE é defender o interesse institucional da concorrência, através da punição de condutas ilícitas, surge a questão de como o CADE deveria dosar sua multa, ou seja, qual seria a punição ótima atribuída pelo CADE a um membro de um cartel.

Primeiramente, questiona-se se a punição ótima deve corresponder a uma dissuasão ótima, ou seja, se o papel da sanção imposta pelo CADE é dissuadir a conduta a ponto de que seus custos se tornem maiores que seus benefícios aos membros do cartel. Como visto acima, a dissuasão ótima baseia-se na ideia de que, para coibir a prática, o membro do cartel deve vislumbrar uma possibilidade de ganho com a conduta menor que a possibilidade de perda decorrente da punição, que deve ser ajustada à chance de o cartel ser descoberto e punido. Esse ajuste ocorre porque, ainda que a penalização pelo CADE seja a exatamente igual à soma de todos os benefícios resultantes da conduta, a conduta será economicamente viável caso exista uma possibilidade de o cartel não ser descoberto ou punido.

Se o papel da sanção administrativa imposta pelo CADE for o de dissuadir de forma ótima, a sanção do CADE deve estar pautada pela ideia de que os benefícios obtidos pelos membros do cartel devem ser menores que todos os custos impostos aos membros do cartel, ajustados pela probabilidade de a conduta ser punida.

Muito embora se entenda que a intenção do Direito da Concorrência, ao proteger o interesse institucional da concorrência, é de reprimir a conduta de cartel e de dissuadi-la até o ponto que não compensa cometê-la, disso não decorre que a sanção administrativa a ser aplicada pelo CADE deve ultrapassar os benefícios obtidos pelos membros do cartel.

E isso ocorre porque a intenção dissuasória da pena deve estar inserida dentro do contexto do direito concorrencial já explicado até aqui, em que efeitos dissuasórios decorrem não só da punição do CADE, mas também da possibilidade de os indivíduos lesados pelo cartel obterem uma compensação pelos danos sofridos através de ARDCs. O que aqui se defende é que os efeitos dissuasórios da sanção e os efeitos dissuasórios da condenação por ARDCs são os mesmos e, somados, devem corresponder a uma dissuasão ótima. Se se considerar que o efeito da condenação

civil é também dissuasório, ela deve ser contabilizada para uma dissuasão ótima no direito concorrencial.⁷²

O CADE deve considerar a dissuasão às condutas de cartel como um todo, e não que o cartel apenas deve ser dissuadido pela sanção imposta pela autoridade judicante. Isso não quer dizer que o CADE não possa aplicar uma sanção que, somada a uma potencial condenação na esfera civil, seja maior que os benefícios obtidos pelo cartel, ou seja, acima do valor de uma dissuasão ótima. Mas isso provavelmente implicaria em custos à concorrência de forma ineficiente. De acordo com Terry Calvani e Torello H. Calvani (2011),

one study suggests that close so sixty percent of firms would be unable to pay an optimally deterrent penalty and avoid bankruptcy. Liquidation would impose significant external costs, such as employee redundancy, decrease in the tax base, and injury to suppliers. Liquidation may also result in the further concentration of the market. Confronted with these externalities, Wins argues that it is unrealistic to expect policy makers to impose deterrent fines.⁷³

Sob essa linha de raciocínio, conhecendo os benefícios obtidos pelos membros do cartel, é justo pensar que a sanção ótima decorre da quantificação desses benefícios, situação em a qual se poderia alcançar um valor de multa aproximado a ser aplicado pelo CADE. Ocorre que, além de todas essas ineficiências serem dificilmente identificáveis na prática, elas também não são facilmente quantificáveis, razão pela qual as autoridades concorrenciais não costumam quantificar benefícios decorrentes da infração. Esses cálculos são tratados pelas autoridades de defesa da concorrência como incertos, além exigirem um enorme dispêndio de recursos e conhecimento técnico-econômico avançado pela autoridade.⁷⁴

⁷² A esse respeito, KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 123 “Com efeito, o fim da pena não resulta – ou não resulta imediatamente – do conteúdo da ordem jurídica. A interpretação segundo a qual esse fim consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida, é uma interpretação que também é possível em face de ordenamentos jurídico-penais, cujo aparecimento não foi determinado pela ideia de prevenção, mas foi o tão simplesmente pelo princípio de que se deve retribuir o mal com o mal. [...] Sob este aspecto não existe qualquer diferença essencial entre pena e execução (civil), pois também esta pode – sendo, como é, sentida como um mal pelo indivíduo que atinge – ter um efeito preventivo, por forma tal que o fim de indenização se pode combinar, aqui, como o fim de prevenção.”

⁷³ Ibid. p. 186

⁷⁴ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 20 - 21

Um exemplo disso é o já mencionado estudo elaborado pela OCDE, que identificou que a média de sobrepreço encontrada para cartéis se situa entre 15% a 20% do preço operado em mercados competitivos, enquanto outros estudos, sugerem uma média de valor menor ou maior para o sobrepreço praticado por cartéis,⁷⁵ o que demonstra que a tentativa de se pautar pelo sobrepreço – ou, em última análise, a vantagem auferida pelo cartel – para o cálculo da multa é incerta. Nas palavras de Flávia Chiquito dos Santos (2016),

As autoridades concorrenciais não costumam quantificar os efeitos negativos do cartel, pois não é uma tarefa trivial fazer um estudo comparativo da situação vigente no mercado sob condições de cartel com aquela de um mercado competitivo hipotético. Geralmente, elas empregam em suas análises uma aproximação do possível sobrepreço do cartel, ou seja, a quantificação do ganho ilícito resultante da conduta. Porém, o cálculo do sobrepreço também não é fácil de ser empreendido, pois requer avaliação do volume de comércio afetado pelo cartel e do preço que seria competitivo na sua ausência. Tal avaliação se torna mais difícil em vista da escassez de informações disponíveis e da incompletude dos dados para aplicação, pelas autoridades, dos métodos econômicos adequados.⁷⁶

Como bem apontado pela autora, as autoridades concorrenciais não costumam quantificar os efeitos negativos do cartel, pois qualquer análise aprofundada dos efeitos negativos de um cartel pressupõe uma comparação com um mercado hipotético em concorrência perfeita.⁷⁷

O fato é que, mesmo diante da dificuldade enfrentada pelas autoridades concorrenciais em benefícios do cartel, com a finalidade de aplicar uma sanção ótima a essas condutas, não estipular quaisquer valores baseados em benefícios adquiridos por membros do cartel para o cálculo da multa está em perfeita consonância com o já defendido neste trabalho, de que não é necessário que exista um valor monetário identificável para a condenação das empresas.

Não obstante o acima exposto, alguns autores brasileiros – e, recentemente, até de conselheiros do CADE – têm buscado se pautar pelos cálculos dos benefícios obtidos pelo cartel.

⁷⁵ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 20

⁷⁶ Ibid. p. 21

⁷⁷ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 21

No Brasil, esses autores têm entendido que a vantagem auferida deve ser base para o cálculo da multa, por força do disposto no artigo 37, inciso I, da Lei n. 12.529/11, segundo o qual a multa a ser aplicada pelo CADE “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. Para Flávia Chiquito dos Santos (2016), “a gravidade da pena deve ser pautada no grau de lesão da conduta ao bem jurídico afetado e a dosagem da pena deve ser fundamentada no comportamento individual do infrator”, em vista do princípio da individualização das penas (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal). Nas palavras da autora, isso ocorre porque “o merecimento da pena pelo infrator deve ser justificado pela autoridade julgante”.⁷⁸

Por evidente que deve haver um juízo de ponderação na aplicação da multa pelo CADE, como defende a autora. Deve haver aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de tal sorte que a determinação da multa deve garantir o princípio da segurança jurídica às empresas. Inclusive, o aplicador do direito deve encontrar uma quantia que seja dissuasória de forma ótima e, ao mesmo tempo, ter cautela para não aplicar uma multa abusiva, que cause distorções desproporcionais ao mercado, a ponto de prejudicar seu funcionamento.

Para tanto, o Tribunal do CADE utiliza-se de uma jurisprudência sedimentada pela aplicação de uma porcentagem de 15% a cartéis *hard-core*⁷⁹, considerando outros fatores em seus votos para a majoração e/ou redução desse percentual, como os previstos no artigo 45, da Lei n. 12.529/11 e agravantes ou atenuantes.

O que não se pode dizer é que é papel do CADE, necessariamente, como aplicador do direito, “realizar sua análise de modo mais estreito, com menor discricionariedade, mais fortemente amparado pelo uso de critérios sistemáticos e transparentes dos dispositivos de lei”.⁸⁰ Principalmente, não se pode estabelecer uma relação direta entre a dosimetria da sanção e o cálculo da vantagem auferida.

O entendimento de que a dosimetria da pena pelo CADE deve ser feita com base em critérios quantitativos, com base na vantagem auferida, não é um conceito

⁷⁸ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 143

⁷⁹ Isso está disposto no Guia do CADE sobre Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.

⁸⁰ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 87

extraído da atual ordem constitucional ou da legislação do Direito da Concorrência, tampouco condiz com o entendimento do CADE sobre o assunto.

A quantificação dos danos decorrentes do cartel, para aplicação na dosimetria da pena, foi tema de recente discussão no CADE. O Tribunal Administrativo do CADE discutiu o uso de métodos para o cálculo de vantagem auferida como informação auxiliar na definição de multas aplicadas a cartéis no Processo Administrativo n. 08012.002568/2005-51, processo que discute alegações de cartel entre as distribuidoras de GLP no Estado do Pará.⁸¹

O cálculo foi trazido no Voto da Conselheira Cristiane Alckmin, mas a discussão sobre o tema foi adiada para a sessão seguinte, em razão de pedido de vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Além do voto-vista, outros três Conselheiros apresentaram votos contrários ao voto da relatora, pela não aplicação de um cálculo de vantagem auferida na determinação da multa a cartéis.

Diferente do defendido neste trabalho, para a Conselheira Relatora Cristiane Alckmin, o CADE tem que punir cartelistas para “*cumprir dois objetivos primordiais: promover justiça redistributiva e ter papel dissuasório*”, e, para tanto, precisa preocupar-se “em estimar o dano também com o objetivo do ressarcimento (além da dissuasão), de forma agregada, difusa [...], ou de forma direcionada, privada (através da esfera civil)”.⁸² Para a Conselheira, o CADE seria também encarregado de promover uma justiça redistributiva, entendimento que parte da ideia de que o CADE tem o papel de retornar a sociedade ao *status quo* anterior à existência de um cartel. Como discorrido acima, esse entendimento não encontra suporte na atual ordem constitucional ou mesmo na legislação do Direito da Concorrência.

Essa foi a opinião do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior,⁸³ segundo o qual não foi atribuído ao CADE o papel de reparar a lesão jurídica causada a toda a sociedade, ou seja, o dano à sociedade. Para o Conselheiro, atuar de forma a fixar

⁸¹ Essa tem sido uma campanha da Conselheira Cristiane Alckmin, que tem tentado, com o auxílio do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, elaborar métodos quantitativos que permitam melhor quantificar os prejuízos sociais causados pelos cartéis. O assunto sempre havia sido tratado com descrédito no âmbito do CADE, já que métodos quantitativos aplicados aos cartéis sempre foram muito custosos para preparar, demonstrando-se mais eficiente aplicar uma multa genérica de 15% sobre o faturamento bruto das empresas. O assunto também foi discutido de forma paralela no PA n. 08012.000504/2005-15 e no PA n. 08012.010744/2008-71.

⁸² Voto da Conselheira Cristiane Alckmin no PA n. 08012.002568/2005-51, § 111

⁸³ Voto do Conselheiro Márcio Oliveira Júnior no PA n. 08012.002568/2005-51

multas com base em métricas não inferiores ao dano causado ofenderia, inclusive, o princípio constitucional de vedação ao confisco (artigo 150, inciso IV, da Constituição). Confira-se o trecho do voto do relator que traz esse entendimento (§ 10):

A segunda ressalva de fundamentação refere-se à suposta identidade entre dano e vantagem auferida que muitas vezes emerge da discussão acerca do montante da sanção. Ainda que se utilizem parâmetros quantitativos para direcionar as penalidades de multa, a Lei 12.529/11 prevê expressamente que é a vantagem auferida o eventual parâmetro diferenciador – e não o dano. Até mesmo porque o legislador não atribuiu ao CADE o papel de reparar a lesão jurídica causada a toda a sociedade (i.e., o dano), mas apenas o papel repressivo atinente à punição de práticas anticompetitivas. Fixar multas em métricas não inferiores ao dano causado – ignorando o conceito de vantagem auferida trazido em lei – seria expropriação ilícita do patrimônio do particular e ofenderia o princípio constitucional da vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição) que também é aplicável, a meu ver, ao direito antitruste.

Nota-se que o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior faz alusão à diferença entre o sentido do termo vantagem auferida e o significado de dano, que são completamente distintos, como já explicado acima. Isso fica evidente no trecho abaixo, em que fala que o “referencial conceitual” para determinação da multa é o de vantagem auferida, e não o de dano causado pelo cartel (§ 12):

Ao contrário do alegado pela Relatora (vide §§113[6] e 125[7]), o ressarcimento de danos de cartel não é atribuição do CADE e, por isso, a sanção do CADE não é reparadora nem redistributiva. A Relatora sublinhou também que as sanções pecuniárias devem ser fixadas de acordo com o “real dano” causado pela empresa (§§89[8] e 90[9]), raciocínio que não possui qualquer amparo legal, visto que o critério legal a que elas se referem são a fixação de alíquota sobre o ramo de atividade em valor que não deve ser inferior à vantagem auferida. Em outras palavras, ainda que se utilizem métricas para estimar os efeitos econômicos do cartel, não é possível acoplar o dano à sanção porque o referencial conceitual é o de vantagem auferida.

Ademais, para o Conselheiro, considerar apenas um cálculo para a determinação da multa aplicada a cartéis, ainda que o cálculo da vantagem auferida, pode ser ilegal, por não considerar os demais critérios estipulados pela Lei de Defesa da Concorrência para a determinação da multa (§ 14):

Primeiramente, há de se compreender que a sanção é um conjunto multidimensional em que a vantagem auferida é apenas um dos elementos que integram os critérios de dosimetria do art. 45 da Lei 12.529/11. O cálculo da vantagem auferida deve ser realizado como parâmetro de dosimetria, ou seja, o resultado encontrado deve ser cotejado com todos os demais incisos

do art. 45 da Lei 12.529/11. Entendo que o cálculo da vantagem auferida por meio da multiplicação de um percentual de sobrepreço ao faturamento anual ou pelas metodologias de peso morto apresentadas até então (que, na verdade, servem para estimar dano e não vantagem auferida) não fazem esse cotejo com os demais critérios legais de dosimetria. Por isso, o cálculo da vantagem auferida per se e sem qualquer ponderação em relação aos demais pode ser ilegal, seja pela inobservância dos demais critérios legais, seja pela ofensa ao princípio da proporcionalidade. Essa é a razão pela qual o Departamento de Estudos Econômicos trouxe preocupações quanto à análise qualitativa do mercado e à análise de variáveis competitivas intrínsecas à própria empresa, preocupações com as quais me solidarizo e que me deixam bastante confortável em divergir da Relatora.

O Conselheiro faz também referência a cartéis que falharam, ou seja, que não obtiveram qualquer vantagem auferida. Nesses casos, se o CADE vier a estabelecer jurisprudência em que se calcula penas de acordo com critérios quantitativos da vantagem auferida, esses cartéis quedariam “subpunidos”, já que não haveria qualquer vantagem auferida (§ 16):

A segunda delas é o considerável risco de subpunição de um cartel que “falhou”, ou seja, que pretendeu impor sobrepreços, mas não conseguiu. Nesse caso, a vantagem auferida seria próxima de zero, mas o compartilhamento ilícito de informações e os custos adicionais advindos da manipulação do mercado já foram imputados à sociedade. Em outras palavras, o bem jurídico a ser protegido, a concorrência, foi ofendido e precisa ser punido de forma adequada. Podemos ter situações que podem ser submetidas ao CADE em que o cartelista – ao final de um período – não terá absorvido lucros com o cartel, mas os danos sociais já estarão instalados. E como a punição reflete a reprovabilidade social de um cartel, admitir que esse tipo de cartel não lesou a ordem pública porque não auferiu vantagem monetária não me parece proporcional e tampouco pertinente às melhores técnicas do direito administrativo sancionador.

Ademais, o Conselheiro lembra que a dissuasão da conduta de cartel também pode ser alcançada por meios alternativos, que não a aplicação de pena pecuniária. Todas essas questões devem ser consideradas para a determinação da punição, que não pode ser meramente quantificada com base em critérios para o estabelecimento da vantagem auferida (§ 22):

Em sétimo lugar, retomando o caráter multidimensional da sanção, relembro que é possível a aplicação de medidas acessórias que, em conjunto com a penalidade pecuniária, promovem a dissuasão da conduta. Já defendi em diversos casos que há cartéis cuja dissuasão não perpassa necessariamente pela multa, porquanto há casos em que a aplicação de remédios estruturais pode ser uma saída mais interessante que valores pecuniários cobrados do particular. Não obstante meu entendimento de que remédio não é pena, o remédio é aplicado na forma de sanção por força da lei. Assim sendo, nas

hipóteses em que medidas acessórias são aplicadas conjuntamente com a multa, entendo que deva haver algum nível de ponderação, uma vez que a observância do conjunto de sanções imposto pela autoridade pode custar muito mais que a vantagem auferida. No caso concreto, a Relatora impôs obrigações de não fazer e de que o condenado formulasse um programa de integridade concorrencial (compliance) como medidas acessórias, porém não fundamentou a proporcionalidade da totalidade das sanções.

Por fim, cumpre destacar um trecho da conclusão do voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, que resume os aspectos jurídicos ligados à quantificação dos danos:

O objetivo das penalidades pecuniárias aplicadas pelo CADE é, sem dúvida, a punição e a dissuasão da conduta anticompetitiva. O arcabouço legislativo brasileiro não confere ao CADE a atribuição de reparação de danos, ou seja, o particular não tem de devolver ao CADE eventual ganho ilícito auferido pelo cartel. A devolução desses valores não pode ser realizada a título de multa pelo CADE, mas sim a título de responsabilidade civil dos infratores. Claro que a multa, acrescida às ações privadas de ressarcimento e ao valoroso trabalho criminal do Ministério Público, faz parte do conjunto de políticas públicas de defesa da concorrência no Brasil, o que significa que o CADE não é o único responsável por essas políticas, ao contrário de outras jurisdições em que a autoridade assume as responsabilizações civil, administrativa e penal (e.g. Estados Unidos). Os cálculos para estimação de danos podem perfeitamente embasar esses pleitos indenizatórios privados e podem ser um importante instrumento a título de advocacia da concorrência, mas não contêm um suficiente grau de segurança jurídica para manter condenações proporcionais aos infratores. E quanto uma punição não é proporcional, ela é ilegal.

Assim, não importa ao CADE, em sua atuação como autoridade julgante, o cálculo exato dos prejuízos causados ao mercado pelos cartéis. O CADE possui prerrogativas para punir os cartéis da forma que achar mais conveniente, atuando apenas conforme margens de discricionariedade dispostas na Lei n. 12.529/11. Esta atuação está em conformidade com a aplicação da sanção aos cartéis, que é a função dissuasória, e não a função de reparar os danos causados pelos cartéis. O valor da multa tem que ter a função de punir e desestimular outras práticas de cartel, e é esse, como visto acima, o papel do CADE na repressão de condutas.

Isso significa dizer que através de uma análise econômica da infração concorrencial, a prática da conduta depende apenas de seus incentivos serem maiores que seus desincentivos. As consequências da prática, que no caso do cartel é o lucro obtido com o cartel, tem que ser maior que o estímulo negativo, ou seja, os

custos de manutenção do cartel, a probabilidade de ser descoberto e os custos impostos pelo *deterrence*.

O Conselho também demonstra preocupações que vão além dos aspectos jurídicos de um cálculo de vantagem auferida, relacionados a variáveis econômicas e quantitativas, como: a) a confiabilidade dos dados utilizados e utilizáveis em uma determinada estimativa e da dificuldade de se manejar sobrepreços que variem ao longo do tempo; b) a dificuldade em se comprovar a relação de causalidade entre a conduta ilícita e o que é efetivamente vantagem, de forma que a vantagem pode ter decorrido da dinâmica natural do mercado ou mesmo de outra conduta ilícita não punível pelo CADE; c) a falsa presunção de que as vantagens obtidas pelo cartel são igualmente distribuídas entre os infratores ou são distribuídas nas mesmas proporções de suas respectivas participações de mercado; d) dificuldade de se aplicar o mesmo cálculo a tipos diferentes de cartéis; além e) do dispêndio desnecessário de recursos humanos e financeiros para a determinação da multa, o que demonstra, por fim, a inaplicabilidade do cálculo de vantagem auferida no caso do CADE.⁸⁴

Os cálculos para a quantificação de danos devem, portanto, ser utilizados para embasar as ARDCs, como pode ser visto do voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Entretanto, diante de várias dificuldades econômicas do cálculo da vantagem auferida mencionadas no voto-vista e nos votos-vogais, que podem por em xeque a segurança jurídica da punição do CADE, questiona-se se esse é um meio eficaz para a condenação em ARDCs.

⁸⁴ Para melhor referência, vide Votos dos Conselheiros Márcio de Oliveira Júnior, Alexandre Cordeiro e Paulo Burnier no PA n. 08012.002568/2005-51.

3 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO DECORRENTE DE CARTEL

Antes de iniciar o assunto da quantificação dos danos em ARDCs, cumpre falar um pouco mais sobre essas ações e sobre suas particularidades. Principalmente, este capítulo serve a discorrer sobre os principais pressupostos dessas ações, que decorrem dos pressupostos gerais de ações indenizatórias. Ressalta-se que esse capítulo é apenas uma introdução à seção seguinte, em que será tratada a questão da quantificação dos danos em ARDCs. Por essa razão, o tratamento dado aos pressupostos abaixo é superficial e não exaure todos os conceitos e particularidades das ARDCs.⁸⁵

3.1 A conduta culposa

Como mencionado, a responsabilidade civil nasce com a conduta⁸⁶ causadora de um dano e tem a finalidade de reparar aquilo que foi lesado, ou seja, retornar a atual situação do indivíduo lesado ao *status quo ante*, quando ainda não havia ocorrido o fato danoso. A responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial está expressamente prevista artigo 47 da Lei n. 12.529/11, que prevê o direito a reparação a empresas vítimas de cartel que se sentirem lesadas.

No caso da conduta de cartel, o dano individualmente sofrido não surge propriamente do acordo entre concorrentes, mas da concretização dessa conduta, ou do ato da venda de um produto a um preço mais caro, o que é entendido por Tércio Sampaio Ferraz (2003) como “falseamento da concorrência”⁸⁷, havendo dever de reparar quando há o dano, ou na consequência dessa conduta sobre o mercado, na redução da oferta.

⁸⁵ Para melhor referência sobre o tema, CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

⁸⁶ Cumpre ressaltar que o termo conduta, aqui, tem um aspecto objetivo, que significa ação ou omissão, e um aspecto subjetivo, do qual decorre a ideia de vontade. De acordo com o Código Civil, o ato ilícito decorre da “ação ou da omissão voluntária”, o que significa dizer que tanto da ação do agente do mercado quanto de sua omissão, pode resultar a responsabilidade civil.

⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 24

A esse respeito, importante ressaltar a diferenciação apresentada por Bruno Oliveira Maggi (2010) sobre os tipos de dano causados pela conduta de cartel, dano-evento e dano-prejuízo. Enquanto o dano-evento dispensa demonstração do prejuízo causado pela conduta ilícita, caracterizando-se pela mera configuração da conduta de cartel, o dano-prejuízo está relacionado à consequência do dano-evento, ligado ao dano individual sofrido por empresas e/ou indivíduos.

Dessa forma, a ação reparatória em face de dano-evento concorrencial tutela bem jurídico institucional, equiparando-se, em objeto tutelado, à atuação do CADE na Defesa da Concorrência. Por esse motivo, o dano-evento não é objeto de ARDCs individuais, mas de ARDCs coletivas, intentadas por instituições públicas ou privadas com legitimação extraordinária para defender interesses difusos.⁸⁸ O dano-prejuízo, por outro lado, é “o resultado gerado pelo dano-evento”.⁸⁹ O dano-prejuízo decorre da violação ao direito positivo de outra pessoa, enquanto o dano-evento é o evento danoso em si. Isso permite entender que o ato ilícito que gera direito de reparação em ARDCs não é propriamente combinar preços com o concorrente – ou seja, o cartel, mas o ato de falsear a concorrência no ato da venda de produtos a um preço combinado. Para todos os efeitos, refere-se a todos esses danos como danos decorrentes da conduta cartel, que é, em última análise, a conduta ilícita geradora de danos.

Importante também notar que existem duas principais diferenças entre o ato ilícito gerador de responsabilidade administrativa pela autoridade antitruste e o ato ilícito gerador de responsabilidade civil.

A primeira diferença diz respeito ao fato de que o ato ilícito gerador de responsabilidade administrativa se concretiza mesmo diante da potencialidade de causar dano pela conduta de um agente econômico. Conforme já mencionado em seções anteriores, nota-se que, para a caracterização do ato ilícito gerador de responsabilidade administrativa, considera-se, além de condutas que causam danos a terceiros ou à sociedade, condutas que possam produzir efeitos danosos, ainda que esses efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, os artigos 186 e 927 do Código

⁸⁸ Para Calixto Salomão Filho (2003), interesses difusos não são a melhor nomenclatura para o objeto tutelado aqui, que seria a concorrência como instituição.

⁸⁹ MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p 145

Civil expressamente preveem que apenas as condutas que causam danos a terceiros geram responsabilidade civil. Assim, a responsabilização administrativa pelo CADE não depende, como na responsabilidade civil, de uma conduta causadora de um dano, mas apenas de uma conduta potencialmente causadora de um dano.

A segunda diferença diz respeito ao fato de o ato ilícito gerador de responsabilidade administrativa não depender da análise subjetiva da conduta – ou seja, não cumpre ao CADE examinar se a conduta é voluntária com resultado involuntário; ou se seu resultado danoso era minimamente previsível –, bastando ao CADE avaliar se a conduta foi concretizada. O próprio artigo 36 da Lei n. 12.529/11 elimina o exame da culpa, prevendo que as condutas se configuram “independente de culpa”.

De acordo com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, 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. Dessa forma, para o Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, e para haver responsabilidade civil objetiva deve haver ou expressa cominação legal ou risco inerente à atividade empresarial desenvolvida,⁹⁰ o que não ocorre, por exemplo, na responsabilidade civil objetiva por ato de cartel.

Na linha do exposto acima, quanto à responsabilidade civil do agente econômico, esta poderia ser considerada, pelo menos em tese, subjetiva, ou seja, depende do exame da culpa. Deve-se avaliar se o resultado da conduta deveria ter sido previsto por quem praticou o acordo, ou, se previsível, se o resultado poderia ter sido evitado. Cumpre ressaltar que o mesmo ponto de vista não é seguido por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2013) ou por Daniel Costa Caselta (2016).

Estes autores entendem que são aplicados os princípios do Direito Concorrencial à responsabilidade civil em matéria concorrencial e, dessa forma, o fato de a materialização da conduta de cartel no Direito Concorrencial independe de culpa, conforme exposto no artigo 36 da Lei n. 12.527/11, implica na responsabilidade civil objetiva do agente econômico infrator. Os autores propõem uma interpretação

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 237 – 270

sistemática do artigo 47, da Lei n. 12.529/11, de forma que esse artigo implicaria na aplicação de princípios do Direito da Concorrência à responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial.

De acordo com Tércio Ferraz Sampaio Jr. (2013), “mesmo em sede de ação individual de indenização por violação de norma concorrencial não há derrogação do princípio da responsabilidade objetiva por efeitos que se produzam ou possam ser produzidos”.⁹¹ Daniel Costa Caselta (2016) compartilha dessa mesma opinião, utilizando-se também de princípios do Código de Defesa do Consumidor para defender seu ponto.

O fato é que, no presente estudo, a discussão sobre a culpa não encontra maior relevância, razão pela qual o estudo não deve adentrar os problemas que envolvem a discussão sobre a culpa do agente que praticou o cartel.

3.2 O nexu causal

O nexu causal é outro pressuposto a ser demonstrado nas ARDCs. Este pressuposto da ação indenizatória estabelece a medida da obrigação de indenizar, ou seja, depois de provado o nexu causal, “as perdas e danos não se estendem ao que está fora da relação de causalidade”.⁹²

Trata-se de estabelecer uma relação lógica de causalidade entre a conduta supostamente geradora do dano e o dano. No caso dos ilícitos de cartel, isso significa imputar o dano sofrido pelo agente econômico lesado à prática de cartel. No caso de consumidores ou compradores diretos de um cartel, deve-se comprovar que a compra do produto foi feita a um preço maior do que teria sido em um mercado competitivo. No caso de fornecedores ou agentes em mercados conexos, deve-se comprovar a relação entre uma redução mediata dos lucros e o cartel, ou seja, deve-se comprovar que se deixou de auferir lucros maiores por conta da conduta de cartel, considerando-se que houve um dano reflexo ou indireto.⁹³

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 19

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80

A prova do nexo causal envolve um exercício lógico de probabilidade para demonstrar que o dano realmente decorreu de um ato ilícito. A responsabilidade civil conta com diversas teorias que buscam decifrar os caminhos para a demonstração da relação de causalidade entre o dano e o ato ilícito. A principal teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade adequada. De acordo com a teoria da causalidade adequada, apenas a conduta antecedente não só necessária, mas também adequada à produção de um resultado, deve ser considerada como causa de um dano. Ou seja, além de saber se um certo ato ilícito concorre de forma determinante para a produção de um certo efeito, é preciso saber, abstratamente, se o ato ilícito é adequado a causar tal efeito. O ato adequado será aquele que teve uma interferência decisiva para a produção do dano⁹⁴, “a relação causal exigida está na prova da conexão entre a violação da lei e a demonstração de que o agente prejudicado praticou seus preços por conta da conduta abusiva em suas específicas relações econômicas”.⁹⁵

3.4 O dano

Por fim, o último dos pressupostos a ser demonstrado é o dano. Para Sérgio Cavalieri Filho (2015), “o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar”, já que não se pode “falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano”.⁹⁶ O dano é o pressuposto que liga a responsabilidade civil a sua função primordial de reparação. Por isso, como bem expõe Sérgio Cavalieri Filho (2015), a indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz (2013), o dano material no caso de cartel é caracterizado quando se coloca a empresa vítima em situação concorrencial falseada, em que ela “passa a traçar sua conduta competitiva como se o produto que adquire

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70

⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 14

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 102

(ou, dependendo do caso, o serviço que lhe é prestado) e de que faz uso tivesse seu preço concorrencialmente estabelecido”.⁹⁷ Nas palavras do autor,

O dano concorrencial cujo cerne é esse falseamento atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e provado. Não se trata de um problema de simples liberdade contratual e de conhecimento presumido do mercado de parte dos contratantes, mas falseamento das condições, de um lado, e dano decorrente, do outro.

Diferente da responsabilidade administrativa do cartel, em que o dano ao bem jurídico tutelado é presumido – podendo muito bem não haver qualquer dano a indivíduos ou empresas –, na responsabilidade civil, o dano efetivo ao proponente da ARDC deve ser comprovado. Além da demonstração desse dano, como dito anteriormente, deverá ser demonstrada também a relação de causalidade entre o dano e a conduta. Ou seja, deve-se comprovar que a conduta ilícita de cartel causou danos individuais.

Fala-se, aqui, em dano-prejuízo, que deve ser avaliado caso a caso, de acordo com as consequências geradas pela prática de cartel. A diferença entre dano-evento e dano-prejuízo explica a diferença entre *dano* e *quantificação do dano*. Enquanto o dano está ligado ao fato lesivo – e, portanto, ao *an debeatur* – a quantificação dos danos está ligada às consequências do dano – ao *quantum debeatur*. Avaliadas essas consequências, “todas as perdas e danos sofridos pela vítima estarão revelados e a indenização que lhe é devida poderá ser calculada”.⁹⁸

O dano-prejuízo pode ser material (patrimoniais) ou moral (extrapatrimoniais), a depender da qualidade do bem jurídico violado pela ato ilícito. Quando a violação a um bem jurídico efetivamente causar uma diminuição patrimonial da vítima, estar-se-á diante de um dano material. Quando, por outro lado, o dano-prejuízo violar um direito da personalidade, estar-se-á diante de um dano moral, também passível de reparação pecuniária.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 24

⁹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013. p. 145

3.4.1 Danos materiais

O dano material pode ser subdividido em danos emergentes ou lucros cessantes. Ambos estão previstos sob o artigo 402 do Código Civil, segundo o qual “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

A primeira parte do artigo 402 refere-se ao dano emergente, aquilo que a vítima “efetivamente perdeu”. O dano emergente importa num dano que “resulta em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”.⁹⁹ Em tese, o desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, quando comparado antes e depois do ato ilícito, representa o valor integral do dano.

A observação desse princípio é simples em ações indenizatórias cotidianas, mas não tão simples no caso de o dano sofrido como consequência da prática de cartel. Como será visto adiante, a compra de um produto de um mercado cartelizado, por exemplo, não gera diminuição imediata no patrimônio da empresa-vítima, a menos que você seja o consumidor final do produto. Danos emergentes, portanto, são pleitos feitos por empresas compradoras diretas, distribuidoras ou por consumidores finais, quando diante de um aumento de preço que reduz seu patrimônio para além daquilo que seria reduzido em um mercado competitivo.

Quanto aos lucros cessantes, estão previstos na expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, e importam na causa indireta ou mediata do ato ilícito, ou seja, tratam-se de efeitos futuros de um fato ocorrido. Basicamente, é tudo aquilo que um indivíduo deixa de auferir em razão da conduta ilícita. Nas palavras de Cavalieri Filho (2015), o lucro cessante consiste na “perda do ganho esperável na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.¹⁰⁰

Em razão de sua incerteza, esse prejuízo é particularmente mais difícil de se comprovar. É por isso que, para lucros cessantes, o Código Civil usa a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, o que significa que o juiz se utilizará de uma análise minuciosa da razoabilidade do pedido de lucros cessantes. É preciso avaliar,

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104

¹⁰⁰ Ibid. p. 105

por meio desse juízo de razoabilidade, se os lucros esperados realmente deveriam ocorrer em circunstâncias normais, ou seja, se esses lucros seriam efetivamente percebidos caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

No caso de ARDCs, o pedido de lucros cessantes é um pleito feito quando se está diante de uma diminuição dos lucros decorrentes da redução do volume de vendas por fornecedores ou por empresas em mercados conexos, ou pelos potenciais compradores que foram excluídos do mercado. Como visto, o cartel tem como um de seus efeitos a diminuição da demanda pelo produto cartelizado, o que resulta em uma restrição a potenciais compradores ou distribuidores, que estariam dispostos a pagar pelo produto sob um preço de mercado competitivo. Esses potenciais compradores poderiam, portanto, pleitear lucros cessantes, já que potenciais lucros não foram obtidos decorrentes de sua exclusão do mercado.

Pode-se questionar a visão de que os danos materiais a compradores diretos e distribuidores de um mercado cartelizado têm a característica de danos emergentes. Ao assumir que os danos são emergentes, o ato da venda de um produto com sobrepreço resulta em, automaticamente, um prejuízo patrimonial acima do esperado, o que cria uma obrigação de reparar na medida daquilo que foi pago a maior. No entanto, esse viés desconsidera a questão do repasse a outros elos da cadeia, ou seja, o fato de os compradores diretos e distribuidores de um cartel distribuírem os potenciais prejuízos decorrentes do cartel ao longo da cadeia. Parece ser mais apropriado, portanto, considerar os danos a esses agentes como lucros cessantes, e não danos emergentes.

Essa consideração, contudo, não afeta o resultado final da reparação devida, que, para todos os efeitos, deve considerar o repasse dos preços aos elos da cadeia, realizado pelo distribuidor ou pelo comprador direto de um produto em um mercado cartelizado.

3.2.2 Danos morais

Como bem aponta Cavalieri Filho (2015), os danos morais já estiveram relacionados à dor, tristeza e sofrimento moral, mas essa concepção não equivale à atual concepção sobre esse tipo de dano.

Segundo o autor, à luz da Constituição Federal (artigo 5º, inciso X ¹⁰¹), os danos morais podem ser conceituados por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em seu sentido estrito, o dano moral pode ser conceituado como uma violação do direito à dignidade. Para Cavalieri, “qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável”. Para o autor, “dor, vexame, sofrimento e humilhação” não são causas para a configuração do dano moral, mas consequências desse dano e, por isso, não podem pautar a análise da existência ou não do dano moral.¹⁰²

Em seu sentido amplo, o dano moral é a violação de algum direito ou atributo da personalidade. Nas palavras de Cavalieri Filho (2015),

A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. [...] Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, **abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não esteja arranhada.** (grifo nosso)¹⁰³

Portanto, qualquer ofensa a um direito da personalidade configura o dano moral, e não apenas aquela ofensa que causa sentimentos de dor.

A postura de parte da doutrina, de vincular danos morais à dor, segundo o autor Othon Lopes de Azevedo (2015), “remete a uma imprópria confusão entre danos e prejuízos”.¹⁰⁴ Para o autor, esses conceitos têm uma diferença fundamental. Enquanto o prejuízo consiste em uma “alteração da realidade”, o dano estaria ligado a “uma lesão a direito subjetivo”. Com isso, a violação a um direito subjetivo implicaria na responsabilização por dano moral, ainda que não houvesse um prejuízo. O prejuízo deve ser “qualificado por uma norma para que seja considerado injusto, caracterizando o dano jurídico”. Nas palavras do autor,

¹⁰¹ Art. 5º. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117

¹⁰³ Ibid. p. 119

¹⁰⁴ AZEVEDO, Othon Lopes de. Dano Moral Individual e Coletivo no Estado Democrático de Direito: reflexão a partir da jurisprudência cível e trabalhista. DIREITO constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. p. 12

Não poderia ser de outra forma, já que o direito não detém o instrumental necessário para lidar diretamente com o sofrimento e a dor humana. Em verdade, precisa neutralizar essas realidades a partir de conceitos teóricos que lhes são próprios, como é o caso do direito subjetivo. A atuação direta do direito, sem filtros, em face de quaisquer incômodos ou prejuízos, resultaria numa sobrecarga de demandas e intervenções que poderiam levar as instituições que o instrumentalizam ao colapso. Não é tarefa possível para o direito a reposição e a proteção de todas as pessoas de seus infortúnios e decepções. Inevitavelmente, haverá prejuízos e dores que não poderão ser reparados e deverão ser suportados definitivamente pelas vítimas.¹⁰⁵

Dessa forma, a reparação de danos morais não está sujeita a prejuízos morais subjetivos como a dor ou o sofrimento, mas a bens jurídicos especificamente tutelados. No caso dos danos morais, são os direitos da personalidade os responsáveis a “circunscrever quais prejuízos e quais ofensas morais serão indenizáveis”.

As pessoas jurídicas também são titulares de direitos da personalidade, “ajustáveis às suas características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc.”.¹⁰⁶ De fato, a lesão à “honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, mas a [lesão à] honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica”.¹⁰⁷ Nesse sentido, o artigo 52, do Código Civil, dispõe que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Diante disso, é perfeitamente possível assumir a existência de danos morais à pessoa jurídica. Inclusive, esse entendimento foi consolidado na Súmula n. 227/STJ, segundo a qual “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Diferente do que ocorre no dano moral à pessoa natural, o dano moral da pessoa jurídica não se configura *in re ipsa* – ou seja, do próprio fato. No caso de danos morais à pessoa natural, é entendimento consagrado pela doutrina e pela jurisprudência que, “se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a

¹⁰⁵ AZEVEDO, Othon Lopes de. Dano Moral Individual e Coletivo no Estado Democrático de Direito: reflexão a partir da jurisprudência cível e trabalhista. DIREITO constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. p. 13

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139

¹⁰⁷ Ibid. p. 139

concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”, o que significa dizer que o dano moral “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo”.¹⁰⁸ No caso de pessoa natural, o dano moral decorre da configuração do fato gravoso, não havendo que se discutir prova de violação à honra, qualquer que seja. Nas palavras de Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER (2008),

A concepção no sentido de que o dano terá ocorrido como consequência de certos acontecimento (como por exemplo, a morte, a perda de um membro etc.) parte da pressuposição de que há uma essência comum universal aos homens. Não se pretende que alguém demonstre que sofreu em virtude da perda de um ente querido e nem o quanto sofreu. Basta que se comprove o ilícito que levou à morte de alguém e a autoria deste ilícito. O dano moral é in re ipsa.¹⁰⁹

Se no caso de danos morais à pessoa natural, basta que se prove o acontecimento passível de resultar em violação à honra, o mesmo não aproveita à pessoa jurídica. É válido mencionar julgado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.414.725/PR, em que, mesmo tendo a recorrente imposto “pesado ônus comercial sobre a recorrida, [...] isso constitui um ato que – para além da esfera patrimonial – é incapaz de gerar dano moral”. Portanto, para que seja configurado dano moral à pessoa jurídica, é necessária a demonstração de lesão à honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade.

Da mesma forma, segundo entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.258.398/PB,

A Súmula n. 227/STJ constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial.

¹⁰⁸ CAVALIERI, p 126 - 127

¹⁰⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Dano moral de pessoa jurídica e sua prova. In: Anuário de Produção Intelectual. Curitiba: Arruda Alvim Wambier, 2008. p. 151

Aplicando-se esse contexto às ARDCs, entende-se difícil que prejuízos decorrentes de cartéis causem um efetivo dano à honra objetiva de alguma pessoa jurídica, de forma que, a priori, não se vislumbra a possibilidade de empresas vítimas de cartel pugnarem danos morais em ARDCs.¹¹⁰

Superados, por fim, os conceitos dispostos sobre tipos de danos sofridos pelas vítimas de um cartel, cumpre tratar sobre as formas de quantificar esses danos e as dificuldades enfrentadas nesta etapa processual da ARDC.

¹¹⁰ Reconhece-se a possibilidade do pedido de danos morais coletivos que assumam uma característica punitiva, também conhecidos como *punitive damages*. Entretanto, os danos morais coletivos apenas são admitidos em ações coletivas, o que excede o escopo da presente análise.

4 O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

O pressuposto *dano* em ações reparatorias oferece dois campos de apreciação: a) “encarado como elemento constitutivo orgânico da aludida responsabilidade”; ou b) “visto sob o aspecto funcional de uma reparação do prejuízo”. No primeiro, procura-se saber a extensão e a proporção do dano; no segundo, busca-se “fixar concretamente o montante dos elementos apurados naquela primeira fase”.¹¹¹ O primeiro campo de apreciação é objeto da fase de conhecimento do processo, enquanto o segundo campo de apreciação é objeto da fase de liquidação do dano.

Como afirmado anteriormente, no caso de ARDCs, a quantificação dos danos decorrentes de cartel envolve a comparação da situação atual da vítima e a situação da vítima caso não tivesse havido cartel e, quando se está diante de diversas variáveis determinantes para a quantificação do dano, a quantificação exata do dano sofrido pelas vítimas dos cartéis encontra problemas dificilmente contornáveis e, às vezes, apenas estimativas aproximadas se fazem possíveis. Como pode ser visto em comunicação da Comissão Europeia (2013) endereçada aos Estados Membros,

The quantification of such harm requires comparing the actual position of the injured party with the position this party would have been in without the infringement. This is something that cannot be observed in reality; it is impossible to know with certainty how market conditions and the interactions between market participants would have evolved in the absence of the infringement. All that is possible is an estimate of the scenario likely to have existed without the infringement. Quantification of harm in competition cases has always, by its very nature, been characterised by considerable limits to the degree of certainty and precision that can be expected. Sometimes only approximate estimates are possible (1).¹¹²

Essa questão esbarra no princípio da reparação integral, segundo o qual é necessário que a reparação seja a exata medida do dano, nem mais, nem menos. Enquanto o CADE dispõe de certa discricionariedade para a quantificação da multa, o judiciário não dispõe da mesma possibilidade. O judiciário deve, impreterivelmente, calcular o exato dano sofrido, sob pena de estar criando uma situação de

¹¹¹ CAVALIERI Cit. p. 175

¹¹² UNIÃO EUROPEIA. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. 13 jun., 2013. p. 2

enriquecimento ilícito da vítima ou de ausência de reparação. Enquanto em outras jurisdições se admite indenizações maiores que o dano sofrido, o mesmo não é observado no direito brasileiro, no modelo do que é feito na União Europeia.

Em sua comunicação aos estados membros, a Comissão Europeia sugere a aplicação de um guia prático lançado por essa Comissão¹¹³ pelas cortes nacionais, para que as cortes nacionais possam ter assistência no cálculo da reparação. Esse guia prático, aponta informações sobre os modelos e técnicas disponíveis para a quantificação dos danos decorrentes de cartel, buscando, com isso, aumentar a eficácia de ações de danos na União Europeia.¹¹⁴

A análise dos métodos de cálculo do presente estudo se utiliza desse guia prático da Comissão Europeia, que identifica as principais técnicas e modelos para quantificação de danos decorrentes de cartel, e aponta os principais problemas de cada método.

É importante notar que é impossível saber com absoluta certeza a posição que a vítima de um cartel ocuparia em uma situação em que não há o cartel. A situação em que a vítima ocuparia em que não há cartel depende de uma variedade de fatores que não podem ser estimados com facilidade. Essa análise é, portanto, dotada de incertezas por sua natureza. Também, a limitada quantidade de informação disponível ajuda a limitar os métodos de quantificação. Por essas razões, não é possível encontrar um único método que leve a um valor exato dos danos sofridos pelas vítimas, mas apenas a estimações que dependem de presunções e aproximações.¹¹⁵

Esses métodos e técnicas dependem da quantidade de informação disponível e das condições do mercado analisado (é possível que informações como o sobrepreço praticado pelo cartel esteja à disposição da análise, mas essa não é a regra). A utilização de alguns métodos (pretensamente mais exatos) vai depender de uma análise maior de dados e informações que outros, o que nem sempre estará à disposição da análise, fazendo com que alguns métodos e técnicas sejam “*more or*

¹¹³ COMISSÃO EUROPEIA. Practical Guide: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Commission Staff Working Document. Estrasburgo, 11 jun. 2013.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. 13 jun., 2013. p. 3

¹¹⁵ Ibid. p. 9 – 10

less difficult, time-consuming and cost-intensive to apply”. Cada um desses terá suas particularidades, fraquezas e benefícios.¹¹⁶

4.1 Métodos de quantificação dos danos decorrentes da prática de cartel

Os danos causados por cartéis, mais frequentemente, decorrem de um sobrepreço, e a quantificação dos danos em uma ARDC decorre do cálculo desse sobrepreço. Também, é possível que os danos do cartel decorram de uma restrição da oferta, o que causa danos indiretos a outros agentes do mercado. Como tratado anteriormente, é possível que o cartel resulte em outras ineficiências que podem causar danos à concorrência como um todo, como redução de investimento em pesquisa e desenvolvimento (ref. capítulo 1.2). Essas outras ineficiências, entretanto, não são interessantes ao presente estudo, já que dificilmente poderiam ser objeto de pedido de reparação. Portanto, a principal divisão feita nesta seção será entre: a) danos decorrentes de cartel sofridos pelos elos à jusante na cadeia; e b) danos decorrentes de cartel sofridos por outros agentes do mercado, em razão da exclusão desses agentes da cadeia – devido à diminuição da demanda, efeito indireto do aumento de preço.

4.1.1 Danos decorrentes de cartel sofridos pelos elos à jusante na cadeia

Os elos à jusante na cadeia são os já mencionados *distribuidores, compradores diretos e consumidores finais*. A dimensão dos danos causados a essas empresas ou indivíduos “depende de dois fatores: a) de quanto essas firmas conseguem repassar o aumento de custo para seus consumidores – sob a forma de aumento no preço de seus próprios produtos; e b) de quanto elas deixam de vender ao fazerem isso”.¹¹⁷

Esses elos da cadeia sofrem danos por conta do sobrepreço operado pelo cartel. A quantificação do sobrepreço pode ser feita por diversas formas, que, em

¹¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. p. 10 - 14

¹¹⁷ REZENDE, Gustavo Madi; KLEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 20, p. 399 – 413, jul. – dez. 2011.

geral, passam pela análise de uma base factual – o preço praticado no cartel – comparada a uma base contrafactual – o preço praticado numa situação de nunca ter havido um cartel. A expectativa é que a análise da diferença entre essas posições indique a medida da alteração provocada no patrimônio da vítima decorrente de um cartel.

A análise contrafactual inicia-se com o exame do mercado contrafactual, pelo tipo de mercado analisado (por exemplo, se um mercado de bens a consumidores ou um mercado de bens intermediários), e pelas qualidades específicas de cada mercado (por exemplo, características específicas e concentração de mercado).¹¹⁸

Para o cálculo desse sobrepreço no caso de cartéis, o guia prático da Comissão Europeia identifica três grupos de metodologia: a) métodos comparativos; b) métodos de simulação; ou c) métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro.

Os métodos comparativos baseiam-se numa comparação entre a situação do mercado factual e uma situação de mercado contrafactual. Os métodos comparativos podem ser subdivididos em: a) comparação ao longo do tempo; b) comparação com um diferente, mas similar, mercado geográfico; c) comparação com um diferente, mas similar, mercado de produto; e d) comparação ao longo tempo em mercados diferentes, mas similares, em área geográfica e produto.

Quando está claro o período de duração da conduta, pode-se fazer uma comparação da situação do mercado durante o período do cartel e a situação do mercado anterior e/ou posterior ao cartel. O nome desse método é comparação ao longo do tempo – *comparison over time*, em inglês.¹¹⁹

Com base em evidências da duração do cartel, cujos encontros e acordos podem ter ocorrido ao longo de um período de tempo, compara-se o preço, lucro, oferta de produtos, entre outras variáveis, ao longo da prática de cartel e essas mesmas variáveis antes da ocorrência do cartel – que era operado um preço supostamente competitivo. Essa comparação demanda um vasto conhecimento sobre as condições aplicáveis ao mercado analisado e de informações sobre as variáveis aplicadas em cada momento no mercado.

¹¹⁸ Para uma melhor explicação sobre os tipos de mercado e pelas qualidades específicas de cada mercado ver estudo *Quantifying antitrust damages*. UNIÃO EUROPEIA (2009) pp 27 - 29

¹¹⁹ UNIÃO EUROPEIA (2009) p. 16 - 19

Esse método esbarra em alguns problemas que não permitem a exata quantificação dos danos sofridos pelas vítimas do cartel. Primeiramente, pode ocorrer que as diferenças entre as variáveis comparadas não decorram somente do cartel, mas de outras condições de mercado ao longo do tempo. Deve-se assumir que não apenas o cartel, mas também outras variáveis do mercado tenham influenciado significativamente o sobrepreço, como a variação de preços dos insumos, variação de preço dos custos envolvidos na produção e fornecimento do produto no mercado cartelizado, dentre outras.

Em segundo lugar, haja vista que algumas infrações se iniciam ou cessam gradualmente, existe a possibilidade de o cartel ter estendido seus efeitos por mais tempo do que o período de duração da conduta ou mesmo não tenha gerado efeitos durante todo o período de duração da conduta. É possível que, após cessar a prática de cartel, o preço se mantenha o mesmo, com o mesmo sobrepreço que à época da prática. De outra forma, é possível que as empresas só coloquem em prática o sobrepreço combinado muito tempo depois de firmarem um acordo.

Em terceiro lugar, é possível que evidências da colusão para outros períodos de tempo não tenham sido obtidas, o que limita o cálculo do sobrepreço à janela temporal em a qual a prática de cartel pôde ser efetivamente comprovada. Isso limita a compensação obtida no final dos cálculos.

Não obstante, esse método pode ser ajustado de acordo com as informações observadas da análise do mercado específico ao longo do tempo, ou podem ser utilizadas comparações entre diversas variáveis para se chegar a um veredicto. Todo método de quantificação de danos pode – e deve – ser ajustado às especificidades do caso.

Por outro lado, quando se tem informação a respeito de outros mercados – do ponto de vista geográfico ou do produto, pode-se fazer uma comparação sobre como os preços do mercado deveriam estar se portando. Para a comparação, deve-se analisar se os mercados são suficientemente similares. Em geral, nesses métodos, aplicam-se os mesmos princípios da comparação do mercado ao longo do tempo, adaptando-se, logicamente, o exame das variáveis. As dificuldades enfrentadas por esses métodos são também similares à comparação do mercado ao longo do tempo, com algumas particularidades.

Primeiramente, deve-se ter em mente que os mercados a serem comparados podem ter sido afetados pelo cartel no mercado factual. Em segundo lugar, é necessário avaliar se esses mercados contrafactuais estão sujeitos às mesmas condições que o mercado factual, como, por exemplo, identidade dos custos do processo de produção, transporte, distribuição, características próximas dos compradores e consumidores, incentivos que diminuiriam o preço. Se o mercado for comprovadamente diferente, é de se esperar que a análise será afetada.

Para uma análise mais completa, todos esses métodos comparativos podem ser combinados, o que é chamado de método *difference in differences* – ou *diff-in-diff*. De um ponto de vista prático, esse método é mais difícil de se utilizar, em razão da grande quantidade de informação demandada. Os métodos de comparação não foram esgotados nesta seção. A quantificação dos danos envolve outras análises que estão inseridas nesses métodos e que não serão aqui discutidas.

Métodos de simulação dos mercados baseados em modelos econômicos são outros tipos de métodos que podem ser utilizados alternativamente aos métodos de comparação. Esses métodos se utilizam de uma comparação do mercado factual com mercados hipotéticos, cujos efeitos são conhecidos pela teoria econômica, como monopólios e oligopólios. Por meio de uma simulação, pode-se estimar como o mercado factual teria se comportado caso não houvesse o cartel. Como evidente, esses métodos dependem muito mais de presunções do que os métodos comparativos, o que cria maior incerteza nos cálculos.

Outros métodos que podem ser utilizados são os métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro. Esses são métodos ainda mais incertos, em que se utilizam presunções de lucros “razoáveis” em um mercado hipoteticamente competitivo ou a performance financeira dos membros do cartel para se chegar a um sobrepreço no mercado factual. Da mesma forma que nos métodos de simulação, os métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro dependem muito mais de presunções do que os métodos comparativos, o que gera maior incerteza nos cálculos.

4.1.2 O repasse do sobrepreço (*Pass-on of overcharges*)

Ainda que seja quantificável o sobrepreço do cartel, seria difícil avaliar, pontualmente, o dano sofrido por cada vendedor, comprador ou consumidor na cadeia de fornecimento. É provável que, diante de um aumento de custo resultante de um cartel, o distribuidor aumente o preço de seu produto, com a intenção de manter o lucro, pelo menos a um certo nível, de forma que o prejuízo do cartel é distribuído pela cadeia. Essa é considerada uma questão particularmente complicada na quantificação de danos. Muito embora o repasse do sobrepreço não altere seu cálculo, ele exerce papel importante na quantificação dos danos das vítimas de cartel, o que requer maior quantidade de dados para se chegar a um valor exato da indenização.

4.1.3 Danos decorrentes de cartel sofridos por outros agentes do mercado, em razão da exclusão desses agentes da cadeia

Conforme mencionado, o aumento do preço de um produto resulta em uma queda de sua demanda, em razão do sobrepreço praticado pelo cartel e do repasse desse sobrepreço. Essa diminuição da demanda ("*volume effect*") implica que os distribuidores e compradores diretos de um cartel venderão menos produtos em razão do aumento de preço e, portanto, terão prejuízos resultantes, além de um sobrepreço na compra do produto ou insumo, da diminuição do volume de seu comércio.

A redução do volume de venda também é dano causado por cartel e pode ser quantificado, a princípio, de acordo com os métodos e técnicas descritos acima.

4.1.4 Considerações finais sobre os métodos de cálculos

Por fim, é impossível recriar, com exatidão, um cenário de um mercado competitivo e, portanto, é impossível calcular com exatidão o sobrepreço do cartel e/ou os danos causados pelo cartel. Todos esses métodos resultam apenas em uma estimativa do sobrepreço e do dano causado pelo cartel, não sendo possível atestar, com total certeza, os danos sofridos pelas vítimas de cartel.

Não há, também, um método ou técnica que seja melhor para todos os casos, devendo-se analisar qual o melhor para cada caso. Cada método e técnica têm suas

vantagens e desvantagens, e devem ser aplicados a depender da quantidade de informação disponível ou da necessidade de se criar um mercado hipotético, baseado na teoria econômica.¹²⁰

A incerteza dos métodos deve ser levada em conta pelo judiciário e os métodos devem ser utilizados apenas até a medida do razoável, ou seja, deve ser observado um nível mínimo de certeza admissível. É possível que a utilização de diversos métodos em um mesmo caso leve a sobrepreços diferentes, o que demonstra a incerteza dos cálculos e a incerteza na aplicação dos cálculos ao caso concreto. Por outro lado, a utilização de vários métodos diferentes que cheguem a um resultado convergente pode indicar forte evidência para o valor do sobrepreço a ser aplicado na quantificação dos danos.¹²¹

Realizados os cálculos do sobrepreço, cumpre ao juiz analisá-los e decidir o que deve ser aplicado em cada caso. É necessário discorrer sobre até que medida o cálculo do sobrepreço deve ser considerado para o cálculo da reparação devida. Deve-se ter em mente que a estimativa do dano leva a uma reparação apenas estimada, o que é incompatível com o papel da responsabilidade civil conforme demonstrado até o momento.

Por oportuno, cumpre lembrar que os métodos comparativos são mais exatos que os outros métodos, e sua utilização deve ser priorizada. A escolha sobre qual método é preferível e como chegar a esse método será melhor discutida na seção seguinte.

4.2 Os entraves impostos pelo Direito Brasileiro às ARDCs e a escolha dos métodos de quantificação dos danos

4.2.1 A quantificação dos danos e o princípio da reparação integral

O presente estudo não pretende defender que as empresas vítimas de cartel não devem ter direito a uma justa reparação. Busca-se apenas dar notoriedade ao fato de que a quantificação dos danos decorrentes de cartel é matéria complicada no

¹²⁰ UNIÃO EUROPEIA (2009) p. 39

¹²¹ UNIÃO EUROPEIA (2009) p. 39

campo da responsabilidade civil por ato ilícito praticado por cartel, de forma que as cortes brasileiras devem se deparar, em algum momento, com a necessidade de estabelecer regras definidas para enfrentar a incerteza dos cálculos nesse ramo do direito. Deve-se estabelecer com transparência as limitações de cada método e que questões devem ser consideradas para a quantificação.

A esse respeito, em artigo que trata da análise empírica da quantificação dos danos em ARDCs na Alemanha, Hans W. Friederiszick e Lars-Hendrik Röller (2010)¹²², entendem que essa análise econômica empírica nos procedimentos das cortes resulta em um *trade-off* entre *precisão* e *praticabilidade*, devido a uma sujeição dessas ações a limitações econômicas e legais. Os autores apontam a necessidade de haver um vasto conhecimento das implicações dos métodos e uma transparência na decisão das cortes, para se atingir uma eficiência na estimação dos danos.

Os autores dão notoriedade ao que chamam de *three step procedure*, aplicado no caso do cartel de cimentos na Alemanha, que consiste em *design, application e robustness checks*. De forma simples, esse procedimento consiste em uma discussão da quantificação dos danos em três etapas: a) verificar que métodos poderiam ser utilizados para o caso; b) aplicar esses métodos ao caso concreto; e c) decidir, por fim, até que ponto os métodos são confiáveis. Essas etapas enfrentam, naturalmente, o que chamam de um *trade-off* entre *precisão* e *praticabilidade*. A análise desses *trade-offs* foi dividida pelos autores entre *trade-offs* gerais, *trade-offs* de natureza econômica e *trade-offs* de natureza jurídica.

Quanto aos *trade-offs* gerais, entendem os autores que, na escolha de um método a ser utilizado, isso implica que juízes devem demandar uma precisão significativa dos métodos, ao mesmo tempo em que devem resguardar o fortalecimento dos aspectos procedimentais da análise econômica empírica. De nada vale utilizar um método preciso, se ele não for praticável com os dados à disposição. No caso do Direito Alemão, por exemplo, entende-se que, caso não seja possível uma estimação empírica precisa com os dados disponíveis, o valor de sobrepreço deverá ser imposto a um valor muito baixo.¹²³

¹²² FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010.

¹²³ FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010. p. 17

Os *trade-offs* de natureza econômica se referem à análise econômica empírica. Segundo os autores, isso, em geral, se refere à seleção de dados. Os peritos devem enfrentar a questão se devem utilizar dados publicamente disponíveis ou dados disponibilizados pelas partes. Naturalmente, dados disponibilizados pelas partes podem resultar em uma maior precisão da análise empírica, mas enfrentam outros problemas não enfrentados pela análise que utiliza dados publicamente disponíveis.

124

Ademais, os peritos podem se deparar com a questão do número de variáveis incluídas na análise empírica e com a questão do número de métodos utilizados paralelamente. Incluir um grande número de variáveis requer a coleta de grande número de dados. Além disso, os peritos vão enfrentar uma diminuição da precisão de seus cálculos, com uma maior quantidade de variáveis. Por outro lado, a omissão de variáveis importantes pode resultar em um resultado enviesado.¹²⁵

Os autores concluem que a seleção de variáveis a ser considerada deve ser baseada em uma avaliação da indústria e selecionada de acordo com a necessidade de cada método. Aplicar vários métodos diferentes, que demandam pouca quantidade de dados, pode ser desejável do ponto de vista da praticabilidade, mas isso não implica em um resultado preciso. Usar mais de um método que demanda uma vasta quantidade de dados pode ser mais preciso, mas isso definitivamente não será mais praticável. Portanto, a escolha dos métodos deve ser assunto debatido anteriormente entre as partes, para somente depois serem esses métodos aplicados empiricamente pelos peritos. Outra questão com a qual os peritos podem se deparar é o correto preço contrafactual, já que questões como a concentração do mercado, a comparação com outros mercados e o próprio cartel podem fabricar uma falsa noção de um correto preço contrafactual.¹²⁶

¹²⁴ On the other hand, beyond easy accessibility, publicly available information does have some advantages over data provided by the parties. First, public data offer a consistent data source that allows cross-firm comparisons and includes information on firms not participating in the proceedings. Second, they are not prone to ex post strategic data manipulation. Third, the period of data collection is significantly shortened.

¹²⁵ FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010. p. 18

¹²⁶ Para mais informações sobre essa discussão, FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010. p. 16 - 20

Quanto aos *trade-offs* sob uma perspectiva legal, esses dizem respeito às bases legais que envolvem a análise. Se a conjuntura legal exigir que a análise empírica da quantificação dos danos seja mais precisa, isso implica em custos adicionais ao processo. É por isso que a legislação e os tribunais precisam ser transparentes quanto ao objetivo da avaliação econômica e quanto aos critérios legais que suportam essa análise.¹²⁷ Como resultado, as cortes devem se pautar pelos critérios legais admitidos em direito para definir como os danos devem ser propriamente quantificados.

Por exemplo, a União Europeia, em sua Diretiva 2014/104/EU, assume que “*full compensation under this Directive should not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other damages*”, mesmo que seja garantido a qualquer pessoa que sofreu danos de cartel “*to claim and to obtain full compensation for that harm*”. Mesmo diante de qualquer dificuldade que possa surgir da quantificação dos danos, a União Europeia estabeleceu que

Member States shall ensure that the national courts are empowered, in accordance with national procedures, to estimate the amount of harm if it is established that a claimant suffered harm but it is practically impossible of excessively difficult precisely to quantify the harm suffered on the bases of the evidence available.

Portanto, a partir da implementação dessa Diretiva nos Estados Membros, passa-se a admitir que as cortes estimem os danos decorrentes de cartel, principalmente quando os métodos a serem aplicados forem muito custosos às partes.

No Brasil também vigora o princípio da reparação integral, mas, principalmente em decorrência desse princípio, *a priori*, não se admite que o *quantum* a ser liquidado em ARDCs seja baseado em estimativas.

¹²⁷ Section 287 – Investigation and determination of damages; amount of the claim

(1) Should the issue of whether or not damages have occurred, and the amount of the damage or of the equivalent in money to be reimbursed, be in dispute among the parties, the court shall rule on this issue at its discretion and conviction, based on its evaluation of all circumstances. The court may decide at its discretion whether or not – and if so, in which scope – any taking of evidence should be ordered as applied for, or whether or not any experts should be involved to prepare a report. The court may examine the party tendering evidence on the damage or the equivalent in money thereof; the stipulations of section 452 (1), first sentence, subsections (2) to (4) shall apply *mutatis mutandis*.

(2) In the event of pecuniary disputes, the stipulations of subsection (1), sentences 1 and 2, shall apply *mutatis mutandis* also to other cases, insofar as the amount of a claim is in dispute among the parties and to the extent the full and complete clarification of all circumstances authoritative in this regard entails difficulties that are disproportionate to the significance of the disputed portion of the claim.

O princípio da reparação integral se divide em três funções principais: função compensatória, função indenitória e função concretizadora. Segundo a função compensatória, a indenização deve ser suficiente para reparar o dano em toda sua extensão, “ainda que de forma aproximativa, nos casos em que a exata restituição do *status quo* não seja viável”. A função indenitória limita o princípio da reparação integral, implicando a “não aceitação das novas funções traçadas por parte da doutrina e da jurisprudência para a responsabilidade civil: a punição e a educação do ofensor, com vistas a dissuadir a repetição dos atos lesantes”. A função concretizadora complementa as duas funções anteriores, impondo “ao julgador obrigação de auferir caso a caso a extensão do dano”.

Nota-se, portanto, um conflito entre o princípio da reparação integral e a quantificação dos danos em ARDCs, visto que pode não ser possível, segundo os métodos e técnicas acessíveis às partes e ao julgador, quantificar os danos com um mínimo de certeza confiável, a ponto de considerar o *quantum* indenizatório resultante desses métodos e técnicas como medida “ainda que aproximada” do dano sofrido pela vítima de cartel.

É regra no judiciário que não se presume o dano e que o dano deve ser minimamente quantificável para que seja reparável. A jurisprudência já se manifestou “no sentido de desacolher a pretensão indenizatória por falta de prova do prejuízo”.¹²⁸ Em menção expressa a Agostinho Alvim, Sérgio Cavalieri Filho (2016),

“Sempre se reconheceu haver situações difíceis e provas quase que impossíveis de produzir com precisão, dada a natureza dos fatos. O princípio da reparação do dano exige que se tenha em vista todas as circunstâncias que rodeiam o caso, não sendo possível traçar, *a priori*, regras fixas que invariavelmente se ajustam a todas as hipóteses”

A respeito da ausência de provas para quantificação dos danos em uma medida razoável, por exemplo, a jurisprudência também já se manifestou a respeito da impossibilidade de liquidação de sentença em caso de encerrar-se “a possibilidade de manter a indenização discutida em um campo de certeza”. No julgamento do Recurso

¹²⁸ CAVALIERI (2015) p. 126

Especial n. 1.280.949-SP¹²⁹, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de estabelecimento do *non liquet*, previsto por norma do Código de Processo Civil de 1939¹³⁰, em casos que não seja possível quantificar, com mínima certeza, os danos sofridos pela vítima, extinguindo a liquidação sem resolução de mérito e resguardando a possibilidade de “eventual repetição do procedimento, no futuro, caso se torn[e] possível apresentar a prova necessária para a condenação”. Concluiu a 3ª Turma, que

“se não é possível avaliar qual o montante total do dano causado, a única solução possível é a de se proceder a liquidação até o limite em que é possível aferir o valor devido em um grau aceitável de certeza. O valor remanescente, contudo, se não pode ser apurado com base nesse critério, não deve ser indenizado”.

Muito embora os métodos e técnicas aplicáveis à quantificação de danos em ARDCs não possam ser considerados formas arbitrárias de se chegar ao *quantum* indenizatório, deve-se lembrar que esses métodos e técnicas se baseiam em presunções e fórmulas inexatas, ainda que resultantes de cálculos matemáticos coordenados.

Ainda assim, assumindo que as vítimas de cartel têm direito a uma justa reparação, estaríamos diante de um impasse entre o direito à justa reparação e o princípio da reparação integral. Tomando por máxima que o direito brasileiro não

¹²⁹ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PROVA DE PARTE DO DANO. IMPOSSIBILIDADE SEM CULPA DAS PARTES. LIQUIDAÇÃO IGUAL A ZERO.

Não é possível ao juízo promover a liquidação da sentença valendo-se, de maneira arbitrária, de meras estimativas, na hipótese em que a sentença fixa a obrigatoriedade de indenização do dano, mas as partes sem culpa estão impossibilitadas de demonstrar a sua extensão. Assim, por falta de previsão expressa do atual CPC, deve-se, por analogia, aplicar a norma do art. 915 do CPC/1939, extinguindo-se a liquidação sem resolução de mérito quanto ao dano cuja extensão não foi comprovada, facultando-se à parte interessada o reinício dessa fase processual, caso reúna, no futuro, as provas cuja inexistência se constatou. A norma do art. 915 do CPC/1939 preconiza que, se as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se à nova liquidação. Ademais, o CPC/1973 não autoriza, fora das hipóteses do art. 475-B, §§ 1º e 2º, a utilização de presunções para estabelecer o montante da indenização devida. Portanto, não sendo possível apurar, na liquidação, o montante devido pela parte da condenação, sem culpa das partes, extingue-se o processo sem resolução do mérito, facultando-se à parte reiniciar a liquidação no futuro, caso reúna, com novos elementos, provas suficientes para revestir de certeza seu direito à reparação. REsp 1.280.949-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/9/2012.

¹³⁰ Art. 915. Si as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se a nova liquidação.

admite uma possível compensação maior que os danos, devemos analisar até que ponto é possível uma compensação dos danos, de forma que às vítimas de cartel ainda seja possível algum grau de reparação dos prejuízos sofridos.

4.2.2. A escolha dos métodos

A quantificação do dano não precisa ser a medida exata da compensação do dano, mas pode ser a mínima parte quantificável com um nível mínimo de certeza admissível como valor a ser reparado. Deve-se notar que a mínima parte quantificável com um nível mínimo de certeza admissível não é um exercício de arbitrariedade pelo juiz, mas uma decisão condicionada a discussões sobre métodos para a quantificação dos danos envolvidos em cada caso.

Ademais, não são só os métodos para quantificação que podem ser discutidos, mas também a qualidade da informação envolvida na quantificação dos danos. Por exemplo, a forma de apuração dos preços de um produto em um mercado ao longo do tempo, apresentados pela empresa proponente da ARDC, também pode ser contestada em juízo. Aqui o escopo da discussão sobre a quantificação alarga-se para além da discussão sobre os aspectos positivos e negativos da utilização de um método, abrange, também, a qualidade das informações que serão utilizadas para substanciar o método.

Para que a quantificação dos danos não se torne um exercício infinito de discussões que levem à impraticabilidade da ARDC, deve-se observar algumas questões aqui entendidas como essenciais. Por óbvio, uma questão essencial a ser observada é o preparo do julgador. O juiz deve ter conhecimento do tema, dos métodos e fórmulas que podem ser utilizadas em cada caso e das variáveis que envolvem o cálculo do sobrepreço, além de ser capaz, acima de tudo, de confirmar a correta utilização dos métodos.

Além do preparo do julgador, antes de se enveredar pela aplicação empírica dos métodos de quantificação, é essencial traçar diretrizes para a fase de quantificação dos danos. Sugere-se a aplicação do *three step procedure*, observado na ARDC do cartel de cimentos da Alemanha, conforme detalhado por Hans W. Friederiszick e Lars-Hendrik Röller (2010). Esse procedimento deve observar, nesta ordem: a) decisão sobre que método deve ser utilizado; b) decisão sobre que método

deve ser aplicado; e c) ao fim, decisão sobre a necessidade de aplicação de remédios, frente às possíveis incertezas apontadas por peritos. Entende-se que este procedimento está em concordância com o Código de Processo Civil atualmente em vigor.

Primeiramente, cabe às partes analisarem o tipo de provas que têm a seu favor e argumentar qual deve ser o método utilizado. É essencial que as partes examinem, primeiramente, se têm as provas necessárias para aplicar o método sugerido, ou os meios de prova necessários para se obter tais provas. As partes devem priorizar os métodos mais exatos e justificar sua não opção pelo método mais exato, se for o caso.

Em segundo lugar, os métodos escolhidos devem ser aplicados. Aqui, pode haver discussões sobre a qualidade das informações e dados utilizados para substanciar os métodos. É possível haver questionamentos sobre a forma de apuração dos dados e informações que serão utilizados para substanciar a quantificação. Posteriormente, deve-se notar se há convergência ou divergência entre os resultados obtidos a partir de cada método. Caso os valores encontrados para o sobrepreço indiquem uma convergência, ou seja, apontem para um resultado comum aproximado, isso indica que os métodos aplicados, dados e informações são confiáveis. Nesse caso, deve-se decidir por um valor único de sobrepreço, que pode resultar do método considerado, *in casu*, mais confiável¹³¹. Do contrário, se os métodos divergirem completamente, é aceitável a eliminação de métodos que causem a divergência, desde que essa eliminação seja justificada. Caso todos os métodos sejam destoantes, é possível admitir o método teoricamente mais preciso ou o método mais benéfico à parte condenada, a depender da justificativa para a escolha.

Em terceiro lugar, deve-se identificar se o método utilizado atende a um nível mínimo de certeza admissível, quantificando-se essa inexatidão e aplicando-se remédios ou descontos ao sobrepreço encontrado. Por exemplo, em decisão final no cartel de cimentos na Alemanha, a corte aplicou um desconto de 25% aos danos encontrados, por quaisquer incertezas que envolvessem a estimação dos danos. Hans W. Friederiszick e Lars-Hendrik Röller (2010) entendem que isso pode ser um instrumento poderoso para balancear os *trade-offs* entre praticabilidade e precisão,

¹³¹ A respeito de quais métodos são confiáveis, vide Seção 4.1.

mas que deve ser aplicado de forma criteriosa, de forma a evitar que a estimativa dos danos não se torne supérflua.¹³²

De toda forma, o exposto acima não passa de sugestões e a atuação das cortes na quantificação dos danos de cartéis precisa ser melhor discutida e melhor trabalhada, a fim de esclarecer quais critérios objetivos devem ser determinantes à estimativa dos danos pelos juízes, de forma que a quantificação dos danos esteja de acordo com a aplicação do princípio da reparação integral no direito brasileiro e permita, ao mesmo tempo, ampla reparação às empresas vítimas de cartel. Para tanto, precisamos de experiência jurídica em ARDCs, o que simplesmente não há.

Lívia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho (2015)¹³³, em estudo realizado em 2011, mostrou que os juízes, em ações de reparação de danos por prática de cartéis, não demonstram maiores preocupações com a quantificação dos danos. De fato, a autora concluiu que, algumas vezes, os próprios juízes se encarregaram de simplesmente arbitrar o *quantum* a título de danos materiais. Essas conclusões, entretanto, foram quase que totalmente baseadas em ARDCs coletivas, o que não reflete a realidade das ARDCs individuais.¹³⁴

Portanto, a experiência jurídica brasileira em julgamento de ARDCs não permite que se chegue a conclusões sobre a forma de estabelecimento dos métodos de quantificação dos danos. Apesar disso, pode-se concluir que, em ARDCs individuais, é bem possível que enfrentemos problemas relacionados à fase de quantificação dos danos e que, portanto, devemos estabelecer critérios fixos que facilitem a resolução dessas ações.

¹³² FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010.

¹³³ CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira de. Responsabilidade Civil Concorrencial: Elementos de Responsabilização Civil e Análise Crítica dos Problemas Enfrentados pelos Tribunais Brasileiros. Ideias em competição – 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. / São Paulo: IBRAC/TIM/Editora Singular, 2015. pp. 185 – 202.

¹³⁴ Identificou-se, nesse estudo, apenas uma ARDC individual em que houve condenação (Ação Indenizatória n. 0130316-15.2011.8.26.0100 em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Neste caso, a quantificação proposta em petição inicial não foi contestada pela empresa ré, principalmente por se tratar de um caso em que houve quebra de contrato formal entre as empresas, o que facilitava, logicamente, o cálculo do sobrepreço.

CONCLUSÃO

O presente estudo explorou o que considera ser uma das mais controvertidas etapas das ações reparatorias individuais por danos decorrentes de cartel (ARDCs), a quantificação dos danos. Principalmente, o estudo identifica no princípio da reparação integral o maior entrave à quantificação dos danos decorrentes de cartel. Conclui-se que as características do princípio da reparação integral do dano, aliadas às incertezas que envolvem os métodos conhecidos de quantificar danos decorrentes de cartel, dificultam a solução de ARDCs e podem ser interpretadas como entraves também à propositura dessas ações, decorrente de um incremento nos custos.

A fim de explicar o funcionamento da jurisdição no julgamento de ARDCs e o princípio da reparação integral dos danos, traça-se um paralelo entre a atuação do CADE, como *autoridade administrativa judicante*, e a atuação da jurisdição na solução de ARDCs. Nota-se que, enquanto ações indenizatórias devem respeitar o princípio da reparação integral, que prevê que a indenização deve ser a exata medida do dano sofrido pelo proponente da ação, em decorrência da função reparatoria dessas ações, as multas aplicadas pelo CADE não têm uma função reparatoria, mas uma função punitiva e dissuasiva. Isso implica em uma dificuldade em quantificar os danos decorrentes de cartel em ARDCs e uma indiferença na atuação do CADE em dosar penas.

Portanto, enquanto o CADE está encarregado da *função repressora* no direito da concorrência, por meio da aplicação de uma pena pecuniária, pouco importando se os efeitos de uma conduta causaram dano a algum outro agente ou à sociedade, a responsabilidade civil por danos concorrenciais está encarregada de uma função reparatoria, ligada aos efeitos da conduta anticoncorrencial, por meio de uma condenação que busca reparação integral do dano sofrido, na intenção de retornar a situação da vítima da conduta anticoncorrencial ao *status quo ante*.

Em ARDCs, a tentativa de quantificar os danos encontra entraves na busca da reparação integral, porquanto é quase impossível se alcançar a exata medida dos danos nessas ações, devido a incertezas presentes nos métodos de cálculo dos danos decorrentes de cartel. É impossível saber com absoluta certeza a posição que a vítima de um cartel ocuparia em uma situação em que não há o cartel. A situação em que a vítima ocuparia em que não há cartel depende de uma variedade de fatores

que não podem ser estimadas com facilidade. Além disso, conclui-se que não é possível encontrar um único método que se chegue a um valor exato dos danos sofridos pelas vítimas, mas apenas de estimações que dependem de presunções e aproximações.

Entretanto, para que a quantificação dos danos não se torne um exercício infinito de discussões que levem à impraticabilidade da ARDC, deve-se observar algumas questões aqui entendidas como essenciais.

Além do preparo do julgador, é essencial traçar diretrizes para a fase de quantificação dos danos. Sugere-se a aplicação de um *three step procedure*, que deve observar, nesta ordem: a) decisão sobre que método deve ser utilizado; b) decisão sobre que método deve ser aplicado; e c) ao fim, decisão sobre a necessidade de aplicação de remédios, frente às possíveis incertezas apontadas por peritos.

Por fim, conclui-se que o principal entrave identificado à quantificação dos danos em tais ações reparatórias é o princípio da reparação integral do dano, que rege a ação indenizatória no Brasil e impede estimativas danos em ARDCs, dificultando a quantificação do dano que: a) não seja minimamente confiável; b) não seja baseada em técnicas e métodos conhecidos e já experimentados. Ademais, percebeu-se a necessidade de uma ampla discussão sobre os métodos e técnicas no Brasil e, também, percebeu-se a necessidade de definir como se dará a discussão que acontece em juízo, a respeito da definição e aplicação dos métodos e técnicas para quantificação dos danos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Othon Lopes de. Dano Moral Individual e Coletivo no Estado Democrático de Direito: reflexão a partir da jurisprudência cível e trabalhista. DIREITO constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Brasília. mai. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf> Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução no 20, de 9 de junho de 1999. Brasília, Diário Oficial da União de 28 jun. 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade submete à consulta pública resolução sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>> Acesso em: 20 jan. 2016.

CALVANI, Terry; CALVANI, Torello H. Cartel sanctions and deterrence. *The Antitrust Bulletin*: Vol. 56, No. 2, Nova Iorque, p. 185-206, 2011.

CALIXTO, Salomão Filho. **Direito Concorrencial – As condutas**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira de. Responsabilidade Civil Concorrencial: Elementos de Responsabilização Civil e Análise Crítica dos Problemas Enfrentados pelos Tribunais Brasileiros. Ideias em competição – 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. / São Paulo: IBRAC/TIM/Editora Singular, 2015. pp. 185 – 202.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS); ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM (EUR); LUISS GUIDO CARLI (LUISS). Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission. Roma, Bruxelas, Roterdã, 2007. 671p.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. Green Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 19 dez. 2005.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, 2 abr. 2008.

COMISSÃO EUROPEIA. Practical Guide: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Commission Staff Working Document. Estrasburgo, 11 jun. 2013.

CORRÊA, Bruno Burini. Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DENOZZA, Francesco; TOFFOLETTI, Luca. Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: The case of antitrust damages suits. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1116324>, 4 marzo 2008>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Ações Coletivas [Privadas] Como Instrumento de Efetividade na Defesa da Concorrência: Breve Estudo Comparado de uma Lacuna na Política Antitruste Brasileira. Disponível em: <https://www.academia.edu/19240008/AÇÕES_COLETIVAS_PRIVADAS_COMO_INSTRUMENTO_DE_EFETIVIDADE_NA_DEFESA_DA_CONCORRÊNCIA_BREVE_ESTUDO_COMPARADO_DE_UMA_LACUNA_NA_POLÍTICA_ANTITRUSTE_BRASILEIRA> Acesso em: 23 jan., 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. 2014. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases. in ESMT No. 10-001, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States, 2011. Disponível em SSRN: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1758751_code23858.pdf?abstr=1758751&mirid=1> Acesso em 20 jan. 2011.

HOVENKAMP, Herbert. A Primer on Antitrust Damages, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10a edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks. jan. 2010. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20160201161034_1309160-1.pdf> Acesso em: 20 jan. 2017.

OCDE. Hard Core Cartels, Paris, OCDE Publications Service, 2000.

OCDE. Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. 25 mar., 2015. Disponível em: <<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>> Acesso em: 29 jan., 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. 13 jun., 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringers of the competition law provision of the Member States and of the European Union. Official Journal of the European Union, 5 dez. 2014. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0104>> Acesso em 20 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2009.

WALLER, Pencer Weber. The incoherence of punishment in antitrust. Chicago-Kent Law Review, Chicago, Vol. 78:207, p. 207-236, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Dano moral de pessoa jurídica e sua prova. In: Anuário de Produção Intelectual. Curitiba: Arruda Alvim Wambier, 2008.

WILS, Wouter P. The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, in *World Competition*, vol. 32, n. 1, 2009.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7. ed. Oxford: The Oxford University Press, 2012.