



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR *UMBRELLA EFFECTS* COMO
INSTRUMENTO DE *PRIVATE ENFORCEMENT***

ISABELA MONTEIRO DE OLIVEIRA

Brasília
Junho, 2017

ISABELA MONTEIRO DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR *UMBRELLA EFFECTS* COMO
INSTRUMENTO DE *PRIVATE ENFORCEMENT***

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão

Brasília
Junho, 2017

ISABELA MONTEIRO DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR *UMBRELLA EFFECTS* COMO
INSTRUMENTO DE *PRIVATE ENFORCEMENT***

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Ana de Oliveira Frazão, Doutora em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professora Orientadora

Paulo Burnier da Silveira, Doutor em Direito pela
Université de Paris II/Universidade de São Paulo
Membro da Banca Examinadora

Victor Oliveira Fernandes, Mestrando em Direito pela
Universidade de Brasília.
Membro da Banca Examinadora

Brasília, 29 de junho de 2017

RESUMO

Tendo em vista serem os chamados *umbrella effects* uma das consequências potencialmente danosas de uma prática de cartel, este trabalho visa analisar como as principais jurisdições internacionais e a jurisdição brasileira tratam as demandas de compensação de danos advindos desse fenômeno, no âmbito do exercício do *enforcement* privado da legislação antitruste. Embora o ajuizamento de ações privadas antitruste já seja uma possibilidade aceita em jurisdições como a americana, a europeia e, inclusive, a brasileira, com diferentes graus de desenvolvimento, é certo que as ações privadas de danos causados por *umbrella effects* ainda constituem assunto relativamente novo, de modo que as jurisdições ainda estão aprendendo a lidar com essa demanda. Cuida-se de questão relevante tanto para aquele participa do cartel, que terá de arcar com os custos do pagamento desse tipo de dano, quanto para aquele que sofre o dano, que deve ter conhecimento acerca da possibilidade de pleitear esse direito. Na jurisdição brasileira, com efeito, não há discussão sobre *umbrella effects*, de modo que uma análise desse fenômeno sob o pano de fundo da responsabilidade civil brasileira se faz necessária. Diante disso, pretende-se analisar as experiências dos Estados Unidos e da União Europeia, com o objetivo de traçar considerações sobre a possibilidade de reconhecimento dos danos resultantes de *umbrella effects* na jurisdição brasileira.

Palavras-chave: direito concorrencial; direito antitruste; cartel; *umbrella effect*; *umbrella pricing*; *private enforcement*; responsabilidade civil; ação privada.

ABSTRACT

Since the so-called umbrella effects are one of the potentially harmful consequences of a cartel, this research aims to analyze how the main international jurisdictions and the Brazilian jurisdiction decide with regards to the demands of compensation of damages caused by umbrella effects, in the context of the private enforcement of the antitrust legislation. Although the private antitrust actions are already an accepted possibility in jurisdictions like the United States, the European Union and even in Brazil, with different degrees of development, it is undeniable that the private damages actions resulting from umbrella effects are still a relatively new subject, so that the jurisdictions are still learning about how to respond to that demand. That is a relevant matter both to those who participate on cartels, who have to bear the costs of the payment of that kind of damage, and to those who suffer the damages, who must have the knowledge about the possibility of presenting that demand. Indeed, in the Brazilian jurisdiction, there is no legal debate regarding umbrella effects and, for that reason, it is necessary to make an analysis of that phenomenon, under the parameters of the Brazilian civil liability system. Taking that into consideration, this research intends to analyze the experiences of the United States and of the European Union, with the purpose of drawing considerations concerning the possibility of accepting the damages that result from umbrella effects in the Brazilian jurisdiction.

Keywords: competition law; cartel; umbrella effect; umbrella pricing; private enforcement; civil liability; private action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I - UMBRELLA EFFECTS: OS EFEITOS DA AÇÃO DE CARTÉIS.....	10
<i>1.1 Aspectos gerais.....</i>	<i>10</i>
<i>1.2 Fatores importantes para a avaliação de umbrella effects.....</i>	<i>11</i>
1.2.1 <i>Price takers</i> ou agentes estratégicos.....	11
1.2.2 Homogeneidade dos produtos.....	12
1.2.3 Concorrência por preço ou por quantidade de oferta.....	12
1.2.4 Cartel parcial ou total.....	13
1.2.5 Participação de mercado.....	15
CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR UMBRELLA EFFECTS EM JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS.....	17
<i>2.1 A responsabilidade civil em casos de cartel.....</i>	<i>17</i>
2.1.1 Estados Unidos.....	18
2.1.2 União Europeia.....	21
<i>2.2 A responsabilidade civil, em casos de cartel, em razão de umbrella effects.....</i>	<i>22</i>
2.2.1 Estados Unidos.....	23
2.2.1.1 A previsão da legislação americana.....	23
2.2.1.2 O entendimento da jurisprudência.....	23
2.2.2 União Europeia.....	31
2.2.2.1 A previsão da legislação europeia.....	31
2.2.2.2 O entendimento da jurisprudência.....	32
CAPÍTULO III - A RESPONSABILIDADE CIVIL POR UMBRELLA EFFECTS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.....	38
<i>3.1 A responsabilidade civil em casos de cartel.....</i>	<i>38</i>
3.1.1 Os elementos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.....	39
3.1.2 A jurisprudência acerca de ações de reparação de danos antitruste.....	43

3.2	<i>A responsabilidade civil em razão de umbrella effects produzidos por cartel: perspectivas.....</i>	45
3.2.1	<i>Umbrella effects: danos diretos ou indiretos?.....</i>	45
3.2.2	<i>A responsabilização por umbrella effects e a possibilidade de sobrepena dos infratores.....</i>	49
3.2.3	<i>A quantificação dos danos resultantes de umbrella effects.....</i>	52
3.2.3.1	<i>A suposta complexidade do cálculo de danos.....</i>	52
3.2.3.2	<i>A estimativa do dano em ricochete.....</i>	54
	CONCLUSÃO.....	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

As ações privadas de danos, há muito utilizadas como forma de compensar os prejuízos causados por atos ilícitos, têm ganhado cada vez mais proeminência no âmbito do direito antitruste. Enquanto países como os Estados Unidos possuem extensa experiência na concessão desse tipo de dano, o Brasil ainda está dando os primeiros passos no sentido de fomentar a proposição de ações privadas de danos antitruste pelas vítimas desses danos. No Brasil, o desenvolvimento das políticas de *private enforcement* vem complementar o já consolidado *public enforcement* exercido pelas autoridades antitruste do país, o qual tem se mostrado forte e em pleno crescimento.

O cartel é considerado a mais grave infração à ordem econômica e pode gerar danos a consumidores até mesmo em âmbito internacional, em vista do aumento de preços e da restrição da produção. De acordo com Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2000), o sobrepreço gerado pela ação de um cartel pode chegar a um valor de 10% do valor de venda do produto, podendo o prejuízo gerado à sociedade, nesses casos, ser de até cerca de 20% do volume do comércio afetado pelo cartel.

Em vista da ampla repercussão que esse tipo de prática tem na sociedade, são vários os tipos de agentes econômicos que podem se tornar vítimas do sobrepreço causado pelo cartel. Nesse sentido, nas jurisdições onde o *private enforcement* do direito antitruste está mais consolidado, é comum que os consumidores diretos do cartel busquem reparação dos danos sofridos por meio de ações privadas. Contudo, um novo tipo de vítima de cartel tem surgido perante as cortes internacionais com o fim de buscar reparação: os agentes atingidos pelo sobrepreço resultante de *umbrella effects* (em português, efeitos guarda-chuva). Tratam-se não de consumidores do cartel, mas sim de consumidores de concorrentes não cartelizados do conluio.

No Brasil, cuida-se de assunto pouco pesquisado, com escassos trabalhos acadêmicos e nenhuma discussão no âmbito da jurisprudência, de modo que ainda não se sabe como essa forma de demanda seria acolhida no âmbito da jurisdição brasileira, caso fosse suscitada.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo verificar como jurisdições internacionais, especificamente a americana e a europeia, têm tratado a questão dos danos gerados por *umbrella effects*, a fim de, a partir dessa experiência, observar se o acolhimento dessa demanda estaria em linha com os objetivos do *private enforcement* das leis antitruste no Brasil.

Primeiramente, serão delineadas as características gerais dos chamados *umbrella effects*, com exposição de algumas das variáveis que influenciam na ocorrência e na intensidade do fenômeno.

Em seguida, serão expostas algumas das principais características do sistema de *private enforcement* das leis antitruste, nas jurisdições americana e europeia, de forma a estabelecer os fundamentos para a posterior análise de como as referidas jurisdições vêm decidindo em face das demandas de reparação de danos causados por *umbrella effects*, apontando quais os principais argumentos contra e a favor da concessão desses danos.

Por fim, voltando o olhar para a jurisdição brasileira, serão apresentados os recentes desenvolvimentos experimentados pelo país no que diz respeito à responsabilidade civil por infração antitruste, em especial por infração de cartel, com o fim de avaliar a forma com que os danos causados por *umbrella effects* seriam recebidos no Brasil, caso fossem alegados. Com base no tipo de dano que é atualmente reconhecido e indenizado pelo sistema de *private enforcement* brasileiro, busca-se verificar se tais danos são considerados danos diretos ou indiretos e se são passíveis de acolhimento.

UMBRELLA EFFECTS: OS EFEITOS DA AÇÃO DE CARTÉIS

1.1 Aspectos gerais

Cartéis são associações entre empresas concorrentes no âmbito das quais há acordos ou trocas de informações entre concorrentes acerca de variáveis comercialmente sensíveis, “com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência” (MARTINEZ, 2013, pp. 36-37). Algumas das principais estratégias utilizadas por um cartel são a fixação de preços ou de condições de venda, a limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou a divisão de mercados ou de fontes de abastecimento (MARTINEZ, 2013).

Uma vez que provoca a alteração das condições normais de mercado, os cartéis podem gerar diversos prejuízos para os seus consumidores, os quais advêm especialmente: (i) da alocação ineficiente dos recursos sociais, em vista do aumento de preços e da restrição da oferta (ineficiência alocativa); (ii) dos custos de operação mais altos em relação àqueles presentes na ausência do conluio (ineficiência produtiva); e (iii) da perda de bem-estar social, em vista da redução do incentivo à inovação e ao aprimoramento dos produtos e serviços por parte das empresas cartelistas (ineficiência dinâmica) (MARTINEZ, 2013).

Geralmente, quando se fala nos efeitos danosos das ineficiências geradas por um cartel, refere-se principalmente àqueles efeitos que são sentidos por meio do consumo direto de produtos e serviços oferecidos pelos agentes econômicos que fazem parte do ajuste ilícito. Ignora-se, contudo, que os preços praticados por determinado grupo de agentes de um mercado podem afetar o comportamento dos seus concorrentes e, conseqüentemente, gerar prejuízos também para quem utiliza os produtos e serviços desses concorrentes.

Nesse contexto, ocorre o que a doutrina tem convencionado chamar de *umbrella effects*. Estes surgem quando os aumentos de preço de certos produtos levam a um deslocamento da demanda para produtos substitutos: tendo em vista que os cartéis geralmente não envolvem todas as empresas do mercado, alguns consumidores podem, como resposta ao aumento de preços por parte das empresas do cartel, procurar substitutos para os produtos

cartelizados¹. Como consequência, esse aumento na demanda por substitutos costuma levar a preços mais altos desses produtos (*umbrella pricing*) (INDERST, MAIER-RIGAUD e SCHWALBE, 2014).

Diversos cenários em que ocorrem *umbrella effects* podem ser delineados, segundo variáveis como: (i) se os agentes econômicos não cartelizados são *price takers* ou agentes estratégicos; (ii) se os produtos do mercado são homogêneos ou diferenciados; (iii) se a concorrência entre os agentes do mercado se dá por preço ou por quantidade de oferta; e (iv) se o cartel envolve todas as empresas do mercado relevante, ou não (INDERST et al., 2014).

No tópico a seguir, as referidas variáveis serão mais bem explanadas.

1.2 Fatores importantes para a avaliação de *umbrella effects*

1.2.1 Price takers ou agentes estratégicos

Ao avaliarem-se as características dos *umbrella effects* ocorridos em determinada situação de mercado, alguns fatores devem ser levados em consideração, os quais serão elucidativos no que tange à magnitude desses efeitos. O primeiro deles diz respeito a se os agentes econômicos não cartelizados são *price takers* ou se são agentes estratégicos.

Considere-se, por exemplo, que em determinado mercado distinguem-se dois grupos distintos de agentes econômicos: um deles constituído por empresas que resolvem entrar em acordo ilícito, compartilhando informações comercialmente sensíveis, e outro que não toma parte no conluio². No que diz respeito ao segundo grupo, há basicamente duas possibilidades: (i) pode ser constituído por empresas sem dominância no mercado, as quais formam uma “franja”, e que, por consequência, costumam agir como meras tomadoras de preço (*price takers*); ou (ii) pode ser formado por empresas que possuem certo poder mercado e que, portanto, têm maiores condições para agir de forma estratégica.

¹ Ressalte-se que a substitutibilidade dos produtos do cartel pode ocorrer de forma diferente para diferentes consumidores. Contudo, pelo menos em relação aos consumidores que forem capazes de substituir os produtos do cartel por produtos de empresas não cartelizadas, os *umbrella effects* emergirão (INDERST et al., 2014).

² Nem sempre as conspirações que visam a fixar preços incluem todas as firmas do mercado. Em um mercado que seja composto de um grupo de empresas dominantes e de uma franja de pequenas empresas, é provável que uma conspiração que fixa preços não envolva as empresas da franja, por uma série de razões. Uma delas diz respeito ao interesse dos conspiradores em manter a fixação de preços, que é uma atividade ilegal, na clandestinidade, tarefa que se torna mais fácil quanto menor for o número de conspiradores. Ademais, uma quantidade menor de conspiradores ativos mantém os custos associados à tomada de decisões em níveis mais baixos, além de tornar mais fácil o monitoramento do cumprimento do acordo ilícito (BLAIR e MAURER, 1982).

Conquanto a diferença entre *price takers* e agentes estratégicos nos forneça informações sobre a intensidade dos *umbrella effects* no mercado analisado, destaque-se que “*umbrella effects* ocorrerão independentemente de se as empresas não cartelizadas agem como *price takers* ou se estabelecem seus preços ou quantidades estrategicamente, levando em consideração o comportamento das empresas cartelizadas” (INDERST et al., 2014, p. 03, tradução livre).

1.2.2 Homogeneidade dos produtos

Também é relevante para a análise de *umbrella effects* saber se os produtos do respectivo mercado são homogêneos ou diferenciados. Produtos homogêneos, do ponto de vista dos consumidores, são aqueles considerados como iguais entre si, isto é, como substitutos perfeitos. Já no que diz respeito aos produtos diferenciados, o grau de substitutibilidade varia e, a depender do caso, a magnitude dos efeitos deletérios do cartel, em relação aos consumidores do grupo não cartelizado de empresas, será diferente. “Para um determinado aumento de preço induzido pelo cartel, o *umbrella effect* deverá ser mais pronunciado quanto maior o grau de substitutibilidade entre o produto cartelizado e o produto não cartelizado, uma vez que o aumento na demanda residual é mais pronunciado” (INDERST et al., 2014, p. 05, tradução livre).

Assim, em mercados com produtos mais homogêneos, maior será a propensão das empresas não cartelizadas de tomar uma atitude mais passiva em relação ao conluio, sendo mais vantajoso simplesmente ajustar seus preços aos do cartel.

1.2.3 Concorrência por preço ou por quantidade de oferta

Outra questão importante a ser avaliada é se a concorrência entre os agentes do mercado se dá por preço ou por quantidade de oferta. Na primeira hipótese, em que a concorrência se dá primariamente por preços, se o cartel aumentar o preço de seus produtos, haverá um deslocamento da demanda para produtos das empresas não cartelizadas, uma vez que os consumidores buscarão produtos substitutos, pelo menor preço.

De outro lado, há a hipótese em que a concorrência se dá principalmente por quantidade produzida. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que “quantidades (ou capacidades) não podem ser facilmente ajustadas e também em casos em que as firmas

escolhem primeiro a capacidade e, posteriormente, cobram um preço de forma que essa capacidade seja integralmente empregada" (INDERST et al., 2014, p. 06, tradução livre). Nesses casos, o cartel pode optar por uma redução estratégica da sua produção, o que resulta em um aumento de preços de seus produtos, uma vez que as empresas do cartel deixam de ser capazes de suprir a demanda de seus consumidores. Assim, tendo em vista a escassez da oferta e o aumento do preço, haverá inevitável deslocamento da demanda para os produtos das concorrentes não cartelizadas.

Com efeito, em ambos os casos verifica-se um aumento na demanda por produtos não cartelizados, em resposta à nova situação de mercado gerada pela ação concertada do cartel. Assim, diante desse cenário, “uma resposta típica utilizada pelas empresas não cartelizadas para maximizar seus lucros, estejam elas cientes do cartel ou não, é a de aumentar o preço, ainda que em magnitude menor que o aumento de preço do cartel” (MAIER-RIGAUD, 2014, p. 05, tradução livre). Diz-se que tais produtos estão sob o “guarda-chuva” (*umbrella*) do cartel.

1.2.4 Cartel parcial ou total

Finalmente, *umbrella effects* podem afetar tanto (i) empresas do mesmo mercado relevante das empresas cartelizadas, quanto (ii) empresas de mercados relevantes diferentes, a depender de fatores como a abrangência do cartel (se este envolve apenas parte das empresas do mercado relevante, ou todas elas), além de condições como preço e elasticidade da demanda.

A primeira hipótese ocorre quando o cartel não envolve todas as empresas de determinado mercado relevante, cobrindo-o apenas parcialmente. Nesse caso, ainda que o cartel não envolva todas as empresas do mercado, ele pode ser lucrativo se a resposta das empresas não cartelizadas for favorável aos interesses do cartel, isto é, se elas aumentarem o preço em um valor suficiente para compensar o desvio da demanda dos produtos cartelizados para os produtos das empresas não cartelizadas (INDERST et al., 2014).

Tendo em vista que se trata de um mesmo mercado relevante – âmbito em que a elasticidade da demanda³ costuma ser mais alta – e que o cartel não abrange todas as

³ A elasticidade da demanda é a razão entre a quantidade demandada de um bem e a variação de seu preço. Se essa razão for maior que 1, a demanda será elástica, mas se for menor que 1, será inelástica. A demanda elástica é aquela mais sensível às mudanças de preços, enquanto a demanda inelástica é aquela em que as variações de preço exercem menor influência sobre escolha do consumidor. A elasticidade da demanda é influenciada por fatores como essencialidade do bem e substitutibilidade do bem.

empresas desse mercado, uma empresa monopolista ou um grupo de empresas cartelizadas não teriam tanta liberdade para fixar preços em níveis tão altos, visto que isso provocaria imediato desvio da demanda para os produtos de outras empresas do mercado. Essa substituição seria facilitada pelo fato de as empresas de um mesmo mercado relevante fornecerem produtos que são substitutos mais próximos entre si.

De outro lado, a segunda hipótese é aplicável quando as participantes do cartel são todas as empresas de um determinado mercado relevante. Nesse caso, é importante notar a diferença na relação de substitutibilidade entre os produtos cartelizados e os produtos não cartelizados, em duas situações distintas: numa situação de livre concorrência e num mercado cartelizado. Numa situação normal de concorrência, mesmo em face de um eventual aumento de preços, os consumidores de produtos de determinado mercado relevante não têm incentivos para procurar alternativas em outros mercados relevantes, uma vez que produtos de mercados relevantes diferentes não costumam ser substitutos adequados entre si. Todavia, essa situação pode ser diferente na presença de um cartel, elemento que afeta a situação normal de concorrência no mercado.

Primeiramente, destaque-se que diferentes autores têm formas distintas de definir mercado relevante, especialmente pelo fato de mercado relevante ser algo difícil de delimitar. Segundo HOVENKAMP, "um mercado relevante devidamente definido é um agrupamento de vendas suficientemente isolado de outro produto e que pode ser monopolizado ou cartelizado por um período prolongado (normalmente, um ano ou mais)" (2008, p. 100, tradução livre).

Conforme já apontado, um mercado relevante abrange um grupo de produtos que são os substitutos mais próximos entre si, de forma que produtos de outros mercados relevantes não seriam capazes de substituí-los, ou seriam substitutos inadequados. Nesse sentido, em consonância com a definição de Hovenkamp, é possível deduzir que, caso haja um monopolista ou cartel no referido mercado, ele teria maior liberdade para estabelecer preços nos níveis em que desejasse, uma vez que os consumidores estariam menos inclinados a deixar de consumir os produtos desses agentes econômicos.

Contudo, existe um limite para tal liberdade, isto é, um limite a partir do qual um eventual aumento de preços, por um monopolista ou por um cartel, deixa de ser lucrativo (nesse limite, o lucro do monopolista ou do cartel é máximo). Esse limite é influenciado por fatores como preço e grau de substitutibilidade e representa também as fronteiras do mercado relevante – uma vez que ele é ultrapassado, os produtos que estão fora do mercado relevante passam a atrair demanda e a tornar o aumento de preços não lucrativo.

Esse é o raciocínio utilizado, por exemplo, no chamado Teste do Monopolista Hipotético (*Hypothetical Monopolist Test*), que constitui uma das estratégias utilizadas para se delimitar um mercado relevante. Nesse teste, questiona-se se um monopolista seria capaz de realizar um aumento pequeno, porém significativo, de preço (*small but significant and non-transitory increase in the price*⁴) em seus produtos. Caso essa condição não seja satisfeita, para um monopolista que visa a maximizar seu lucro, seria irracional realizar tal aumento de preços, visto que isso levaria a considerável desvio da demanda. Nessa hipótese, haveria um alargamento do mercado relevante, uma vez que este passaria a incluir produtos de outros mercados⁵ (INDERST et al., 2014).

Assim, *umbrella effects* poderão ser produzidos em situações tanto de cartelização parcial quanto total. No primeiro caso, a substituição dos produtos cartelizados é mais fácil, e o aumento da demanda pelos produtos substitutos fará com que um aumento também se perceba nos preços destes. No segundo caso, as empresas que não estão no mercado relevante podem gerar *umbrella effects* na medida em que, a depender dos preços do cartel, seus produtos tornam-se substitutos relevantes.

1.2.5 Participação de mercado

Ademais, observe-se que, apesar de haver maior probabilidade de *umbrella effects* ocorrerem no caso de cartéis parciais do que totais, devido à maior facilidade de substituição, a ocorrência de *umbrella effects* é menos provável quando o cartel possui uma participação de mercado menor (LANDE, 1993).

Ao tratar do assunto, LANDE menciona dois estudos sobre a relação entre concentração do mercado e preços. O primeiro é de Landes e Posner, que concluem que a existência de poder de mercado é menos provável quando uma empresa possui menos de 40% do *market share*. O segundo é de Leonard W. Weiss, segundo o qual raramente há relação entre concentração e preço se as quatro empresas líderes do mercado, combinadas, possuírem menos de 50% de participação de mercado. Ante tais informações, Lande conclui que a

⁴ INDERST et al. explicam que, “[a]qui, ‘pequeno, porém significativo’ é geralmente considerado como sendo cerca de 5%-10% e ‘não transitório’, um período de tempo de cerca de um ano” (2014, p. 12, tradução livre).

⁵ Um exemplo dado por HOVENKAMP (2008) é bastante elucidativo nesse sentido. Segundo o autor, essa hipótese seria verificada numa situação em que todos os produtores de táxis se juntassem e fixassem preços. Nesse caso, o cartel certamente fracassaria, visto que a produção de táxis poderia ser facilmente assumida por produtores de outros automóveis e também pelo fato de que os consumidores desses táxis poderiam migrar imediatamente para automóveis comuns, os quais estão largamente disponíveis no mercado, e fazer as alterações necessárias eles mesmos.

possibilidade de ocorrência de *umbrella effects* deixa de existir se as empresas que constituem a franja possuem mais de 50% do mercado (1993).

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR *UMBRELLA EFFECTS* EM JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS

2.1 A responsabilidade civil em casos de cartel

A maior parte dos sistemas de defesa da concorrência está baseada, de forma geral, em dois pilares de *enforcement*: a aplicação das leis da concorrência no âmbito público (*public enforcement*) e a aplicação no âmbito das lides privadas (*private enforcement*) (HÜSCHEL RATH e PEYER, 2013). No primeiro caso, as leis antitruste são aplicadas pelo governo, por meio da autoridade antitruste ou por meio dos promotores, com o objetivo de detectar e punir os agentes que violam as normas antitruste. Já no segundo caso, são os particulares (indivíduos, entidades legais, organizações ou entidades públicas) que requerem a reparação de danos sofridos a partir de uma infração antitruste ou a imposição de medidas cautelares. Destaque-se que uma ação privada referente a infração concorrencial pode ser proposta tanto com base em uma investigação pública quanto de forma independente (OCDE, 2015).

Conquanto as ações de reparação civil por infração antitruste sejam importantes para a adequada aplicação das normas antitruste e para a compensação das vítimas de infrações antitruste, é certo que ainda são poucas as jurisdições em que o *private enforcement* assume papel central no âmbito da defesa da concorrência. Nas jurisdições em que isso ocorre, prevalece o entendimento de que esses incentivos privados, baseados na compensação por meio do sistema judicial, exercem papel complementar crucial ao trabalho administrativo exercido pela autoridade antitruste (*public enforcement*). Não obstante, na maioria das jurisdições o direito da concorrência ainda é um instrumento de *enforcement* predominantemente administrativo, de forma que se apoia quase que exclusivamente na capacidade do Estado de intervir nos mercados em que ocorrem as infrações antitruste para proteger os interesses dos consumidores (OCDE, 2015).

As ações privadas estão disponíveis para a maioria das infrações antitruste (KEYTE, ECKLES, HOFFMAN LENT, RIDER e PATEL, 2016) e a doutrina delinea basicamente dois objetivos principais para as sanções que advêm delas: a compensação e a dissuasão (*deterrence*).

A função de compensação visa a compensar todos os danos sofridos pelos autores, contanto que razoavelmente previsíveis. De outro lado, a dissuasão visa a desencorajar a ocorrência de novas infrações e, conseqüentemente, de novos danos (LAVE, 2003). A doutrina se divide no que diz respeito a qual é o objetivo fundamental do *private enforcement* e sobre qual padrão deve ser o foco dos aplicadores da lei.

Nesta seção, algumas características dos sistemas de *private enforcement* americano e europeu serão expostas, a fim de que os principais objetivos da política de ações privadas nessas jurisdições possam ser esclarecidos e de que sejam assentadas as bases para a análise de como tais jurisdições tratam a questão dos *umbrella effects*.

2.1.1 Estados Unidos

“Os Estados Unidos são a jurisdição da OCDE com a experiência mais longa e extensiva no que diz respeito à aplicação das leis antitruste no âmbito privado” (OCDE, 2015, p. 04, tradução livre). Além disso, destaque-se que a jurisdição americana é bastante particular nesse quesito, tendo em vista que a modalidade de *private enforcement* exerce um papel muito mais vasto nesta jurisdição do que o *public enforcement*⁶. As investigações públicas não são apenas menos numerosas do que as ações privadas, mas também são diferentes em seu conteúdo e na quantidade de recursos que empregam – as agências antitruste, especialmente a Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça (*Department of Justice*), alocam seus recursos para a investigação de apenas uma quantidade relativamente pequena de infrações (CRANE, 2010; HOVENKAMP, 2008).

Nos Estados Unidos, o sistema de *private enforcement* está baseado em ações de *treble damages*, *opt-out class actions*, julgamentos por júri, acordos sobre honorários de contingência, bem como em um sistema de descoberta extensivo e na exclusão da chamada *passing-on defense*⁷ (OCDE, 2015).

⁶ Consoante CRANE, “há aproximadamente dez casos federais privados para cada caso trazido pelo Departamento de Justiça ou pela Federal Trade Commission. Quase todos esses casos privados são orientados exclusivamente para danos. Embora o requerente geralmente peça uma medida cautelar contra má conduta, todos entendem que o caso é sobre *treble damages* ou, mais provavelmente, sobre os acordos que os réus inevitavelmente firmam se o caso sobrevive ao julgamento sumário (2010, p. 675-676, tradução livre).

⁷ A *passing-on defense* é um tipo de defesa utilizada pelo agente que comete infração antitruste objeto de ação privada, quando este se encontra diante de terceiros que alegam ter sofrido danos decorrentes da referida infração. Essa defesa é baseada no argumento de que essas vítimas do aumento de preços causado pela violação na verdade não teriam sofrido nenhum dano, visto que teriam repassado o ônus resultante do aumento de preços para seus consumidores.

O dispositivo legislativo que autoriza particulares a buscarem a compensação de danos por infrações antitruste, na jurisdição americana, é o parágrafo 4 do chamado *Clayton Act*. De outro lado, o parágrafo 16, do mesmo diploma, é o dispositivo que permite que os autores de ações privadas requeiram medidas cautelares para cessar ou prevenir condutas ilícitas (aos consumidores indiretos das empresas infratoras também é garantido o direito de requerer medidas cautelares, ainda que não cumpram os requisitos necessários para mover a ação de danos em si) (KEYTE et al., 2016).

No que tange aos referidos requisitos, a jurisprudência americana tem caminhado no sentido de restringir a aplicabilidade da regra do dano *per se*, privilegiando a regra da razão e um padrão de prova baseado na “plausibilidade” do pedido. Assim, os particulares que requerem reparação por dano concorrencial devem buscar demonstrar os efeitos da infração sobre si, oferecendo evidências suficientes para sustentar o seu pedido (OCDE, 2015). Na tentativa de estabelecer parâmetros para o requerimento da compensação por danos concorrenciais, a doutrina e a jurisprudência aperfeiçoaram os conceitos de *antitrust injury* e *antitrust standing*, que consistem em instrumentos para as cortes identificarem quais vítimas de uma infração antitruste têm direito à reparação de danos, com base na natureza da relação entre o dano à vítima e a infração (PAGE, 1985).

De um lado, o conceito de *antitrust injury* limita o tipo de dano em razão do qual a reparação pode ser pleiteada: em julgados como *Illinois Brick Co. v. Illinois* e *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, a Suprema Corte desenvolveu uma abordagem que limitava as possibilidades de reparação, com base no parágrafo 4 do *Clayton Act*, à reparação dos danos que as leis antitruste têm a intenção de prevenir. Portanto, as infrações antitruste passíveis de reparação incluem aquelas responsáveis por perdas individuais que fazem parte de uma perda geral de bem-estar pelos consumidores (BLAIR e MAURER, 1982).

Nesse sentido, a configuração do *antitrust injury*, ou dano antitruste, requer que o dano ao autor tenha sido causado pelo aspecto anticompetitivo da conduta ilegal do réu (PAGE, 1985). Segundo PAGE,

[h]á quatro principais formas de *antitrust injury* causadas por cartéis: o sobrepreço para os consumidores do produto cartelizado; **o sobrepreço para os consumidores de empresas não cartelizadas do mesmo mercado; aumento de custos para os consumidores de produtos substitutos do produto cartelizado;** perda de receita líquida pelos fornecedores dos membros do cartel (1985, p. 1485, tradução livre, sem grifos no original).

De outro lado, o conceito de *antitrust standing*, que seria uma espécie de legitimidade ativa, busca limitar o tipo de autor que pode pleitear a reparação de um dano antitruste. Isso significa, em primeiro lugar, que se o autor não estiver alegando o tipo de dano que as leis antitruste visam a prevenir, ele não terá o direito de propor ação para ver esse dano compensado (BLAIR e MAURER, 1982).

Em segundo lugar, implica que o autor deve fazer parte do escopo afetado pela conduta anticoncorrencial. Tendo em vista a abrangência aparentemente ilimitada do parágrafo 4 do *Clayton Act*, alguns testes foram desenvolvidos para determinar quais casos devem ser abarcados pela doutrina do *antitrust standing*. O mais comum entre eles é o teste da área-alvo (em inglês, *target area test*), que requer que o autor demonstre que “ele está dentro da área econômica que está ameaçada pelo colapso das condições de concorrência em uma indústria específica” (PAGE, 1985, p. 1447, tradução livre). Outra regra utilizada para limitar o escopo da responsabilidade antitruste é a de *Illinois Brick* (ou regra do dano direto), que determina que os compradores indiretos de produtos cartelizados não têm o direito à reparação de danos, exceto em raras circunstâncias (PAGE, 1985).

Desse modo, por meio da doutrina do *antitrust standing*, verifica-se que muitos particulares que de fato sofreram dano antitruste, encaixando-se no requisito do *antitrust injury*, acabam tendo seu pedido negado pelo fato de o dano alegado ter sido considerado derivativo, remoto ou insubstancial (PAGE, 1985).

Não obstante, ressalte-se que os fins políticos das doutrinas do *antitrust injury* e *antitrust standing* não são fundamentalmente diferentes. Com efeito, elas são delineadas pelo mesmo fim, isto é, um grau ótimo de dissuasão, de forma que são complementares na tarefa de atingir esse objetivo. O que diferencia esses dois elementos é, na verdade, a pergunta que o julgador deve fazer em cada caso: primeiramente, ao analisar a existência do *antitrust injury*, ele deve verificar se há nexos causal entre o dano e o aspecto anticoncorrencial da prática. Contudo, mesmo realizando o crivo do dano antitruste, ainda é possível chegar a um resultado demasiado amplo, o qual deverá, posteriormente, ser também submetido ao critério do *antitrust standing*, que vai oferecer um resultado mais restrito (PAGE, 1985).

Assim, a corte deverá “limitar o direito à reparação às classes de requerentes cujos danos estejam mais perto de corresponder a uma penalidade ótima ou cujos danos envolvam um custo menor de cálculo e um risco menor de erro” (PAGE, 1985, p. 1484, tradução livre).

Verifica-se, portanto, que o objetivo último do *private enforcement* na jurisdição americana é um sistema de dissuasão eficiente, que maximize o bem-estar do consumidor pela

preservação de mercados competitivos. Esse objetivo é o que justifica a existência de regras que limitem a extensão da responsabilidade civil por danos antitruste. Na jurisdição americana não é suficiente provar a existência de dano, mas deve-se também demonstrar que esse dano adveio da conduta anticoncorrencial perpetrada pelo réu. Essa é uma forma de evitar a chamada *overdeterrence*, expressão que pode ser traduzida como uma punição excessiva (PAGE, 1985).

2.1.2. União Europeia

Na União Europeia, as diretrizes que permeiam o direito antitruste, no âmbito do direito comunitário, estão enunciadas nos artigos 101 a 109, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os princípios centrais que os Estados membros devem buscar realizar, em sua atividade de defesa da concorrência, estão dispostos nos artigos 101 e 102.

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, o *private enforcement* na União Europeia ainda é incipiente e uma quantidade muito pequena de vítimas de infrações antitruste conseguiram obter compensação. Os casos de ações privadas que se seguem a investigações públicas são pouco numerosos e concentram-se mais em alguns Estados membros como o Reino Unido, Alemanha e Países-Baixos, enquanto nenhuma ação privada foi reportada em 20 dos 28 Estados membros, no período de 2006 a 2012⁸ (OCDE, 2015).

Contudo, reconhece-se o crescimento da importância das ações privadas para compensação de danos antitruste no território europeu, tendo a Comissão Europeia empreendido esforços para editar guias e diretivas acerca de ações de danos antitruste e quantificação do dano. Nesse sentido, com o objetivo de gerar incentivos para que particulares buscassem a compensação de danos antitruste perante as cortes europeias e de remover os possíveis obstáculos à busca desse direito pelas vítimas, a Comissão Europeia publicou os chamados *Green Paper* e *White Paper* (HÜSCHEL RATH e PEYER, 2013).

De dezembro de 2005, o *Green Paper* apresenta medidas para facilitar o pedido de compensação de danos por infração antitruste, dentre elas os danos em dobro (em inglês, *double damages*) por infração de cartel e a exclusão da chamada *passing-on defence*, claramente inspiradas do exemplo americano. Com efeito, o *Green Paper* também reproduziu, de forma significativa, a concepção americana de ações privadas de danos por infração

⁸ Conforme pontua a OCDE, “durante o período de 2006-2012, menos de 25% das decisões da Comissão europeia a respeito de infrações [antitruste] foram seguidas de ações de danos” (2015, p. 05, tradução livre).

antitruste como instrumentos de dissuasão (em inglês, *deterrence*) e como um potencial substituto para a persecução das infrações antitruste pelo poder público (WILS, 2016).

De outro lado, o *White Paper*, publicado em abril de 2008, propunha medidas que focavam na função de compensação das ações privadas de danos (ao invés da função de dissuasão, privilegiada pelo *Green Paper*) e na preservação da força e da prevalência do *public enforcement* (WILS, 2016). Verifica-se, portanto, a adoção de um modelo que, ao contrário do anterior *Green Paper*, claramente rejeita o modelo americano.

Em novembro de 2014, após muito debate acerca dos documentos anteriormente publicados, a Comissão Europeia adotou a Diretiva 2014/104, que trata das ações de indenização por infração à concorrência, estabelecendo o direito das vítimas de obter compensação total pelo dano causado pela conduta anticompetitiva, além de medidas para facilitar esse processo no âmbito dos Estados membros. Essa compensação deve incluir as perdas de fato, os lucros cessantes e a correção monetária desde a ocorrência do dano até o momento do pagamento da compensação (OCDE, 2015).

2.2 A responsabilidade civil, em casos de cartel, em razão de *umbrella effects*

Tendo sido expostas as características do *private enforcement* nas jurisdições americana e europeia, passo à análise de como as referidas jurisdições tratam *umbrella effects* para fins de responsabilização civil dos agentes que cometem o ilícito de cartel, avaliando as semelhanças e divergências entre a doutrina e a jurisprudência nesse aspecto e se a jurisdição está realizando os objetivos previstos na legislação antitruste.

Vale observar que os pressupostos do direito à compensação por danos anticoncorrenciais são basicamente os mesmos para os Estados Unidos e para a União Europeia, isto é, nessas jurisdições, qualquer indivíduo que sofra perdas em razão de infração antitruste prevista em lei tem o direito de pleitear indenização. Não obstante, ao passo em que as cortes europeias privilegiam argumentos em favor da extensão da responsabilidade, as cortes americanas dão preferência ao estabelecimento de limites a esse direito de compensação (MONTI, 2014).

2.2.1 Estados Unidos

2.2.1.1 A previsão da legislação americana

Na jurisdição americana, não há previsão legislativa específica que regule o direito de pleitear a compensação financeira por danos advindos de *umbrella pricing*. Todavia, existem previsões gerais acerca de ações privadas por danos antitruste, as quais estão contidas nos parágrafos 4 e 16, do *Clayton Act*, que dispõem que:

§ 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15

Ações por pessoas prejudicadas

(a) Valor da reparação; juros pré-julgamento

[...] **qualquer pessoa** que seja ferida em seu negócio ou propriedade por causa de qualquer atividade proibida pelas leis antitruste pode propor ação, portanto, perante [uma] corte distrital dos Estados Unidos [...], e deve recuperar três vezes os danos por ela sofridos, bem como o custo processual e um valor razoável de honorários de advogado (sem grifos no original, tradução livre).

§ 16 Clayton Act, 15 U.S.C. § 26

Medidas cautelares para particulares; exceção; custos

Qualquer pessoa, empresa, corporação ou associação terá o direito de demandar e obter medida cautelar, em qualquer corte dos Estados Unidos com jurisdição sobre as partes, contra ameaças de perda ou dano por violação das leis antitruste [...] (EUA, 1914, tradução livre, sem grifos no original).

Observa-se que os dois dispositivos oferecem previsão muito aberta das possibilidades de se reivindicar indenização por meio de ação privada, de modo que, consoante uma interpretação mais ampla dos dispositivos, seria possível concluir que as vítimas de *umbrella effects* também estão abrigadas por essa proteção.

2.2.1.2 O entendimento da jurisprudência

Como já falado, nos Estados Unidos, para que haja direito à compensação por danos antitruste, aquele que propõe a ação privada deve não apenas demonstrar a existência do dano, mas também provar que o dano foi causado pelo aspecto anticoncorrencial da conduta do réu e que ele de fato estava entre as vítimas do dano que a lei antitruste visa a prevenir. Portanto, o autor deve trazer evidências da existência de, respectivamente, *antitrust injury* e *antitrust standing*.

Dessa forma, para que se possa avaliar se *umbrella effects* são considerados danos antitruste indenizáveis na jurisdição americana, cabe verificar se configuram, primeiramente, *antitrust injury*, se são danos que a lei antitruste visa a coibir. Nesse sentido, vale citar o entendimento de PAGE, já referenciado no tópico sobre *private enforcement* nos Estados Unidos (“2.1.1”), segundo o qual há basicamente quatro formas principais de *antitrust injury* causadas por cartéis e uma delas é o “aumento de custos para os consumidores de produtos substitutos do cartelizado” (1985, p. 1485, tradução livre).

Conforme discutido no primeiro capítulo deste trabalho, a existência de um cartel é capaz de afetar não apenas os consumidores dos produtos cartelizados, mas também aqueles que consomem produtos das empresas que concorrem com as cartelistas. Isso ocorre devido ao deslocamento da demanda causado pelo aumento dos preços dos produtos pelas empresas do cartel: quando esse aumento alcança certo patamar, que representa aquele em que o cartel terá seu lucro máximo, há uma preferência dos consumidores por produtos substitutos.

Caso a concorrência seja por preços, há a possibilidade de que os concorrentes não cartelizados apenas acompanhem o aumento dos preços do cartel, o que representa uma estratégia econômica racional frente a tal situação. De outro lado, caso a concorrência seja por quantidade de oferta, o súbito deslocamento da demanda para produtos substitutos, levará a inevitável escassez desses produtos, o que também resultará em aumentos de preços.

Ante o exposto, verifica-se que os danos concorrenciais causados por *umbrella effects* preenchem a hipótese de Page citada acima, uma vez que geram aumento de custos para os consumidores dos produtos de empresas concorrentes do cartel:

[d]iante de um aumento de preços, alguns compradores irão, inevitavelmente, migrar para produtos substitutos. Se o aumento de preços for monopolístico, e se os substitutos tiverem preços competitivos, a mudança para os substitutos resulta em um custo social líquido: o excedente dos consumidores na produção reduzida do produto cartelizado. Esta perda de valor não é recuperada pelos vendedores como lucros. Assim, esses compradores elásticos sofrem dano concorrencial, em face do maior custo dos produtos substitutos (PAGE, 1985, pp. 1488-1489, tradução livre).

Além disso, para que um dano seja considerado indenizável, também é necessário o reconhecimento da existência do elemento do *antitrust standing*. LAVE defende que o reconhecimento do *antitrust standing* nos casos de danos causados por *umbrella pricing* é necessário para atingir uma função de dissuasão ótima (*optimal deterrence*), uma vez que:

(1) os consumidores atingidos pelos *umbrella effects* são parte do mercado relevante e, portanto, o dano a eles causado deve ser levado em consideração na determinação da sanção; ou (2) os danos a consumidores diretos igualam-se ao excedente do consumidor transferido, enquanto os danos causados por *umbrella effects* aproximam-se da perda de peso morto (2003, p. 228, tradução livre).

Enfim, segundo LAVE (2003), o não reconhecimento do *antitrust standing* em casos de *umbrella effects* poderia gerar sanções subótimas.

Determinados tais pressupostos, passo à análise dos casos julgados no âmbito da jurisdição americana, a fim de verificar como os julgadores têm decidido acerca da existência de *antitrust injury* e *antitrust standing*, em casos de *umbrella effects*.

Observemos, primeiramente, o caso *State of Washington v. American Pipe & Construction Co.*, em que os autores buscavam obter da ré, *American*, compensação por supostos preços excessivos que teriam pago a produtores de canos de aço e concreto que não faziam parte da conspiração anticoncorrencial analisada. Segundo os autores, a alegada conspiração teria aumentado o nível de preço geral do mercado e, como consequência, também as empresas não cartelizadas estariam vendendo seu produto a preços mais altos do que aqueles que vigeriam na ausência da atividade ilegal (EUA, 1968a).

De um lado, os autores alegavam estar o dano irrevogavelmente ligado à atividade ilegal da *American*, uma vez que os altos preços que se observavam não estariam presentes numa situação de concorrência normal. De outro lado, a *American* aduzia que o dano seria remoto e que não haveria nexo causal com a conduta da ré, podendo ser atribuído, no máximo, ao próprio vendedor do produto substituto (EUA, 1968a).

Diante dos argumentos acima, a corte distrital do Havaí ressaltou que, de fato, o mero fato de que a infração antitruste ocorreu não gera o direito à reparação sob o parágrafo 4, do *Clayton Act*, devendo haver um dano de fato:

Não é qualquer perda financeira que dá direito a um pedido de reparação. A reparação por danos indiretos, consequenciais ou derivativos está excluída. Para manter sua ação, o autor deve estabelecer (a) um nexo causal próximo entre a ação do réu e o dano traduzido em prejuízo financeiro, e (b) tal dano não pode ser remoto em relação à atividade ilegal (EUA, 1968a, p. 05, tradução livre).

No caso julgado, a corte entendeu terem sido satisfeitos os requisitos para o reconhecimento do dano e se posicionou no sentido de que as vendas efetuadas pelos não

conspiradores aos autores estariam claramente na área da economia na qual as condições competitivas teriam sido prejudicadas (estando presente o elemento do *antitrust standing*). Segundo a corte, se os autores eram capazes de provar (a) que pagaram mais por um produto de uma empresa não cartelizada do que teriam pagado em condições normais de concorrência e que (b) a *American* contribuiu para esse sobrepreço, por meio da participação em conspiração anticompetitiva, então nada na lei impediria que a reparação ocorresse nesse caso (EUA, 1968a).

Como veremos, um dos principais argumentos utilizados pelos réus nos casos analisados refere-se à afirmação de que os danos alegados pelos autores e atribuídos a *umbrella effects* são demasiado remotos, não tendo ligação com as infrações antitruste avaliadas e, portanto, não sendo abarcados pela previsão do parágrafo 4, do *Clayton Act*. Por esse motivo, os réus argumentam que os pedidos não têm o elemento do *antitrust standing*, necessário para a concessão do direito à indenização por danos antitruste.

Ainda que não trate, especificamente, de danos causados por *umbrella effects*, o caso *Illinois Brick Co. v. Illinois* fala da possibilidade de reparação de danos indiretos⁹, tendo se tornado uma importante referência para casos posteriores que trataram de danos causados àqueles que consomem produtos de outras empresas que não as participantes do cartel (EUA, 1977).

No caso em questão, a ré, *Illinois Brick*, era produtora e distribuidora de blocos de concreto em Chicago. Ela vendia blocos sobretudo para empreiteiras de serviços de alvenaria, as quais submetiam lances a empreiteiras gerais, para ganhar as porções dos projetos que envolviam trabalhos de alvenaria. As empreiteiras gerais, por sua vez, submetiam lances a projetos de clientes como aqueles que estavam no polo ativo do processo. Logo, o dano indireto estaria no fato de o produto cartelizado ser integrado às estruturas de alvenaria construídas pelas empreiteiras de alvenaria, as quais eram posteriormente incorporadas às construções das empreiteiras gerais, sendo estas, por fim, vendidas aos autores.

Uma das razões para que a Suprema Corte, em *Illinois Brick*, tenha rejeitado a possibilidade de reparação por danos indiretos, foi a de que, se consumidores indiretos pudessem ser indenizados por possíveis danos advindos da compra de produtos dos consumidores diretos do cartel, isso poderia resultar em responsabilidade múltipla por parte

⁹ A expressão danos indiretos aqui se refere ao prejuízo causado a consumidores que não consomem o produto com sobrepreço diretamente do cartel, mas indiretamente, por meio de mercadoria que contém o produto cartelizado em sua composição.

dos réus, com processos gigantes, múltiplos autores, de diversos níveis na rede de distribuição, e demandas extremamente remotas (EUA, 1977).

Em 1979, no caso *Mid-west Paper Products Company v. Continental Group, Inc.*, a argumentação de *Illinois Brick* foi suscitada pela Corte de Apelações para o Terceiro Circuito, ao negar o pedido feito no contexto de apelação (EUA, 1979a).

Nesse caso, os autores da apelação eram consumidores das apeladas, produtoras de sacolas de compras que supostamente fixavam os preços das sacolas. Apesar de um dos autores ter comprado sacolas de uma produtora de sacolas que não fazia parte do conluio, aquele alegou ter pagado preços artificialmente altos pelas sacolas, visto que a produtora encontrava-se sob o efeito dos preços do cartel (EUA, 1979a).

A Corte de Apelações emitiu decisão desfavorável aos autores, tendo usado como justificativa, primeiramente, o fato de que os benefícios advindos dos *umbrella effects* tinham sido aproveitados não pelos membros do cartel, mas sim pelas concorrentes que não faziam parte do conluio. Nesse sentido, se imposto o dever de reparação aos cartelistas também pelos danos causados a consumidores de seus concorrentes, o valor da reparação superaria em grande medida o lucro que os cartelistas obtiveram com a atividade ilícita. Dessa forma, a concessão do *antitrust standing*, em casos como esse, poderia resultar em punição excessiva dos réus e, conseqüentemente, em um resultado ineficiente:

Não obstante a gravidade da violação *per se* presente neste caso, o judiciário não deve se apressar em permitir que a ação de *treble damages* se torne uma força destrutiva, quando o Congresso pretendia apenas que ela fosse usada como uma arma para a aplicação das leis antitruste. A esse respeito, deve-se notar que o Congresso previu penalidades criminais relativamente rígidas para punir aqueles que ignoram as leis antitruste, que a Suprema Corte tem sido especialmente reticente em sancionar múltiplas recuperações *de treble damages* pelo mesmo prejuízo, e que outros tribunais foram cuidadosos na concessão de compensações exageradas, cujo impacto punitivo poderia prejudicar indevidamente o réu e conduzir a um efeito geral prejudicial à concorrência (EUA, 1979a, p. 14, tradução livre).

Ademais, a corte também alegou que a tentativa de determinar o preço que os concorrentes dos réus teriam cobrado na ausência do conluio seria, “para dizer o mínimo, altamente especulativa” e acabaria transformando o caso “no tipo de procedimento econômico complexo que *Illinois Brick* visava a evitar” (EUA, 1979a, pp. 12-13). Assim, a corte entendeu que o *standing* dever-se-ia limitar àqueles que compraram diretamente dos conspiradores.

Por outro lado, o precedente *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, julgado no mesmo ano, chega a uma conclusão oposta no que diz respeito à responsabilização por *umbrella effects*. O caso trata de um cartel de compra, uma conspiração para diminuir os preços de compra de bife de matadouros e empacotadores de carne e, em última instância, de fazendeiros e criadores (EUA, 1979b).

Diante disso, surge o problema de saber se o produto desses produtores, que integram o polo ativo do processo, foram de fato comprados por membros do cartel, no fim da cadeia de distribuição. Em resposta a esse problema, os autores da ação afirmaram ter sido a atividade ilegal dos réus causadora da redução dos preços em geral e não apenas dos preços de atacado pagos pelos membros do conluio. Nesse sentido, a respeito dos supostos *umbrella effects* ocorridos no caso, a corte manifestou-se afirmando que:

Nós discordamos da decisão recente de um painel dividido da Corte de Apelações do Terceiro Circuito de que aquele que lida com um concorrente não cartelizado de um conluio fixador de preços não possui um elemento do *standing* para requerer indenização das firmas integrantes desse conluio. Ver *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, *supra* note 23, 596 F.2d 587. (...) Nós concordamos com a opinião dissidente em *Mid-West Paper Products Co.*, segundo a qual tal requerente satisfaz o teste de área-alvo [*target area test*] de *standing* (...) e que o dano sofrido por tal requerente satisfaz o teste de causa próxima [*proximate causation*] (EUA, 1979b, p. 24, tradução livre).

Após os vereditos conflitantes de *Mid-West Paper Products* e *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, a teoria sobre *umbrella effects* foi abordada no precedente *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*. No referido caso, o tribunal rejeitou a teoria de responsabilidade civil por *umbrella effects*, apresentando, em resumo, dois motivos para a sua decisão: (1) a possibilidade de que os réus fossem sobrecarregados com uma dupla reparação pela mesma infração e (2) o suposto caráter complexo e especulativo das alegações de responsabilidade civil por *umbrella effects* (EUA, 1980a).

Resultado semelhante se observou no caso *In Re Folding Carton Antitrust Litigation*, que rejeitou os argumentos dos autores, no que diz respeito a *umbrella effects*, por não ter reconhecido a presença do elemento do *antitrust standing*. Novamente, observa-se o precedente *Illinois Brick* sendo invocado para falar da suposta complexidade em se produzirem evidências de prejuízos causados por *umbrella effects* no caso em questão (EUA, 1980b).

Ainda, destaque-se um argumento específico utilizado pela corte para sustentar sua decisão desfavorável à reivindicação dos autores. Segundo a corte:

Embora a fixação de preços pelos réus tenha dado aos vendedores não cartelizados a oportunidade de aumentar seus preços, enquanto permaneciam relativamente competitivos, ela também lhes deu a oportunidade de competir de forma mais efetiva com os réus, por meio de preços abaixo do guarda-chuva [*umbrella*] artificial criado pelos réus. Os réus não deveriam ter que responder, em um processo, pelas ações dos vendedores que não estão no polo passivo da ação, na medida em que estes escolheram a oportunidade anticompetitiva em detrimento da competitiva (EUA, 1980, p. 09, tradução livre).

Assim, verifica-se mais um dos argumentos comumente usados pelos tribunais ao se oporem ao direito de reparação por *umbrella effects*: a possibilidade de que os agentes não cartelizados tivessem agido de forma mais agressiva em relação aos concorrentes cartelizados, mantendo seus preços num patamar abaixo do nível de preços do cartel.

Posteriormente, tem-se o caso *In Re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust*, que também utiliza a argumentação apresentada em *Illinois Brick*, mas dessa vez para conceder, e não denegar, o pedido de reparação por danos referentes a *umbrella effects*. Trata-se de ação em que os autores são uma classe de pescadores que vendem salmão cru para os réus, um grupo de empresas processadoras de frutos do mar. Alguns dos autores são pescadores que não vendiam seu produto somente para os réus ou seus co-conspiradores, e outros sequer tinham negócios com os réus e seus co-conspiradores. Esses pescadores alegaram que os réus seriam parte de conluio responsável por derrubar o preço geral de compra dos peixes para níveis desarrazoados (EUA, 1981).

Assim, a questão discutida pela corte foi se os conspiradores que fixam preços e criam o chamado *price umbrella*, afetando o mercado relevante inteiro, são de fato responsáveis em relação a autores que negociam diretamente com não conspiradores, numa situação em que esses não conspiradores alteraram seus preços em resposta à situação anticompetitiva criada pelas infrações antitruste (EUA, 1981).

Os réus posicionaram-se no sentido de que, mesmo que se provasse a existência de uma conspiração, eles não poderiam ser responsabilizados pelas vendas dos autores a processadores que não possuíam nenhuma conexão com a conspiração (EUA, 1981).

Contudo, a corte sustentou que, ainda que houvesse uma semelhança superficial entre o caso analisado e *Illinois Brick*, os dois casos seriam analiticamente distintos. Nenhuma das considerações feitas em *Illinois Brick* estaria presente no caso analisado, visto que as vendas

feitas pelos pescadores a conspiradores e não conspiradores eram todas diretas, a computação de danos não seria mais complexa para um do que para o outro. Não haveria, ainda, níveis de distribuição a serem considerados para o cálculo de danos, sendo a medida desse dano simplesmente a diferença entre o preço que teria sido obtido na presença de concorrência e o que de fato prevaleceu sob a pressão da conspiração (EUA, 1981).

Assim, não haveria a hipótese de *dual recovery* no caso discutido, isto é, a hipótese de que o dano fosse pago duas vezes. O direito de ação é concedido apenas a vendedores diretos e o elemento do *standing* só será concedido na medida em que eles possam provar que sofreram danos. Finalmente, a corte asseverou que o fato de as transações presentes no caso serem todas diretas eliminava a necessidade de se observar a regra de *Hanover Shoe*¹⁰, visto que esta diz respeito a relações indiretas e múltiplas transações (EUA, 1981).

A corte, então, concluiu que os autores possuíam *standing*, requisito para propor ação de reparação (EUA, 1981).

Posteriormente, temos novamente uma decisão contrária aos interesses de consumidores de concorrentes não cartelizados, o precedente *FTC v. Mylan*. O estado de Connecticut, autor na ação, requereu a reparação de danos não apenas para consumidores diretos da ré, *Mylan*, mas também para aqueles que compraram dos concorrentes da *Mylan*. O fundamento do pedido residiu no fato de que os concorrentes da *Mylan* no mercado de medicamentos genéricos, conquanto não tivessem tomado partido das atividades ilícitas, aumentaram seus preços como consequência daquelas (EUA, 1999).

Contudo, a corte concedeu a solicitação dos réus para denegar o pedido de reparação feito pelos autores. Em sua motivação, afirmou que a principal dificuldade que surge da aplicação da teoria dos *umbrella effects* seria a dificuldade em se estimarem os danos, sendo essa uma tarefa altamente especulativa – as variáveis a serem consideradas seriam muitas, incluindo o custo de produção, estratégia de marketing, elasticidade da demanda e o preço de produtos parecidos (EUA, 1999).

Finalmente, destaquem-se duas decisões favoráveis à consideração de *umbrella effects* para fins de reparação civil: *Loeb v. Sumitomo* e *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.* Na primeira, confrontada com o pedido dos autores, a corte entendeu que, ao contrário do que ocorreu em *Illinois Brick*, os autores não eram consumidores indiretos ao longo da cadeia de distribuição, mas sim vítimas de uma conspiração que visava a manipular o preço do cobre que aqueles estavam comprando. Assim, decidiu que o dano reportado era

¹⁰ Em *Hanover Shoe*, a corte vetou o uso da chamada *passing-on defense* e sustentou que consumidores diretos de preços superfaturados poderiam recuperar o valor total do sobrepreço (EUA, 1968b).

direto, previsível e muito provavelmente não resultaria em dupla reparação e nem em cálculos de danos especulativos (EUA, 2002).

O segundo caso, por sua vez, reafirmou o entendimento da corte de *Loeb v. Sumitomo*, asseverando que consumidores da franja sofrem, sim, danos anticoncorrenciais e que sua reivindicação não pode ser rejeitada com base na doutrina de *Illinois Brick*. Acrescentou que o dano estabelecido por meio da elevação dos preços no mercado afetado satisfaz qualquer requisito de *antitrust standing* (EUA, 2003).

Diante do exposto, verifica-se que, na jurisdição americana, as diferenças no que diz respeito às regras sobre responsabilidade civil entre os distritos são permitidas. Como assevera MONTI (2014), essas divergências estão presentes entre os vários circuitos de apelação do país, havendo certo espaço para experimentação por parte das cortes federais. A Suprema Corte, por sua vez, espera o momento apropriado para assumir o controle, geralmente intervindo em situações em que há conflitos entre cortes de apelação, de forma a estabelecer diretrizes para as próximas ações.

Com efeito, conforme assevera FRANCK, “até hoje, a Suprema Corte dos Estados Unidos ainda não se posicionou quanto à responsabilidade em face de perda resultante de *umbrella pricing*” (2015, p. 13, tradução livre).

Por fim, cabe destacar a conclusão de MONTI sobre o objetivo da jurisdição americana: segundo o autor, uma das lições que aprendemos é que “o fato de uma pessoa buscar reparação por danos sofridos não deveria significar que qualquer um capaz de provar nexos causal deveria ter o direito de apresentar essa reivindicação, pelo menos não em nome da administração eficiente dos recursos judiciais” (2014, pp. 10-11, tradução livre). Nesse sentido, verifica-se que a jurisdição americana lança um olhar mais detido a questões acerca da extensão da responsabilidade, tanto no que tange a argumentos contrários quanto favoráveis a essa extensão.

2.2.2 União Europeia

2.2.2.1 A previsão da legislação europeia

Na jurisdição europeia, é aceito de forma geral que qualquer indivíduo pode requerer compensação por danos sofridos em vista de infração à legislação antitruste, o que permitiria inferir que indivíduos que sofreram os chamados *umbrella effects*, resultantes de ação de

cartel, também deveriam ter o direito de pleitear compensação pelos danos sofridos (INDERST et al., 2014).

À legislatura da União Europeia é dada a autoridade, sob os termos do Artigo 103, parágrafo 1, do TFUE, para redigir as regulações e diretivas apropriadas para a garantia dos objetivos previstos nos Artigos 101¹¹ e 102¹² do TFUE. Contudo, em vista do princípio do equilíbrio institucional, a legislatura da União Europeia está impedida de decidir acerca de indenização por danos causados por *umbrella pricing*, baseando-se direta e unicamente no Artigo 101, do TFUE (FRANCK, 2015). Dessa forma,

uma vez que a legislatura da União Europeia não regulou a questão [da responsabilidade civil em razão de *umbrella pricing*], esta deve ser avaliada conforme as leis nacionais, as quais devem, no entanto, estar em concordância com os princípios da equivalência e da efetividade previstos no Artigo 4, parágrafo 3, do TFUE (FRANCK, 2015, p. 02, tradução livre).

Apesar da aparente independência dos Estados membros para criar regras sobre esse assunto, o chamado processo de reenvio prejudicial¹³ (*reference for a preliminary ruling*) incita as cortes nacionais a questionar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu, quando uma dúvida surge. Portanto, verifica-se uma limitação, por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao exercício dessa discricionariedade pelas jurisdições nacionais, com o objetivo de alcançar maior harmonia entre as abordagens adotadas por tais jurisdições (MONTI, 2014).

2.2.2.2 O entendimento da jurisprudência

Passamos agora ao exame de dois casos que são referência no direito da Comunidade Europeia e que oferecem subsídios importantes para essa análise, na medida em que deixam

¹¹ Artigo 101º

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2012, tradução oficial).

¹² Artigo 102º

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2012, tradução oficial).

¹³ “O reenvio prejudicial é um processo exercido perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Este processo permite a uma jurisdição nacional interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu. O reenvio prejudicial permite, assim, garantir a segurança jurídica através de uma aplicação uniforme do direito da União Europeia” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, tradução oficial).

claro o posicionamento das autoridades comunitárias e que elucidam alguns aspectos da relação entre a jurisdição comunitária e as jurisdições dos Estados membros.

Primeiramente, observemos o julgamento do chamado caso *Manfredi*, da jurisdição italiana, em que o órgão jurisdicional de reenvio submeteu algumas questões prejudiciais ao crivo do TJUE. Uma delas é interessante para esta análise, pois contém discussão acerca das situações em que terceiros podem requerer reparação por dano sofrido (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Essa questão foi suscitada no âmbito de ações de indenização propostas perante as empresas Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Fondiaria Sai SpA e a Assitalia SpA, pedindo a condenação dessas seguradoras na restituição dos aumentos dos prêmios de seguro de responsabilidade civil obrigatória por sinistros causados por veículos automóveis, navios e ciclomotores. Esses aumentos seriam decorrência de um acordo declarado ilícito pela autoridade concorrencial nacional (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Assim, por meio da questão apresentada ao TJUE, o órgão jurisdicional de reenvio inquiriu, essencialmente, se o artigo 81º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TEC), atual artigo 101 do TFUE, deveria ser interpretado no sentido de que qualquer pessoa pode invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida pelo artigo e, quando existe um nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido, pedir a reparação do referido dano (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Quanto à primeira parte da pergunta, o Tribunal entendeu que qualquer particular tem o direito de invocar em juízo a violação do artigo 81º do TEC e, portanto, de invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida pelo referido artigo. Quanto à segunda parte, o Tribunal asseverou que a plena eficácia do artigo 81º – e, em particular, o efeito da proibição enunciada no item 1 – seria posta em causa se não houvesse a possibilidade de qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo que se lhe houvesse causado por atividade suscetível de restringir ou falsear a concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Assim, o Tribunal decidiu ser imperativo entender que o direito de reparação por dano sofrido existe pra qualquer pessoa, desde que esta seja capaz de apontar a existência de um nexo de causalidade entre o dano e a prática proibida pelo artigo 81º do TEC. Na ausência de regulamentação comunitária a respeito do nexo de causalidade e de outras questões específicas, competiria à ordem jurídica interna dos Estados membros regular as modalidades processuais de ações judiciais destinadas a garantir a tutela dos direitos que, para os cidadãos, resultam do efeito direto do direito comunitário, desde que essas modalidades não fossem

menos favoráveis do que as ações análogas de natureza interna ou de que não impusessem excessivos obstáculos ao exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Em adição, temos também o julgamento do caso *Kone* pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que virou referência no que diz respeito à discussão acerca da possibilidade de concessão de compensação por danos advindos de *umbrella effects*. O caso trata de acordo ilícito firmado entre a empresa *Kone* e outras empresas do mercado de elevadores e escadas rolantes, em que houve alocação de mercado entre os participantes do conluio, no que diz respeito a esses produtos. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o acordo teria tido como objeto pelo menos um terço do volume do mercado austríaco (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

No caso, o objetivo do cartel era garantir que a empresa favorecida obtivesse um preço mais alto do que aquele que seria observado em situações normais de concorrência. Assim, essa divisão de mercado acabou levando a uma distorção do mercado e, conseqüentemente, a uma evolução dos preços dos produtos (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Diante dessa situação, e invocando a teoria dos *umbrella effects*, a *ÖBB-Infrastruktur* requereu que as recorrentes compensassem um prejuízo avaliado em cerca de 1.839.239,74 euros. Com efeito, a referida empresa havia adquirido, de empresas não participantes do cartel, elevadores e escadas rolantes a um preço mais elevado do que aquele que vigeria na ausência do cartel (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Tendo o tribunal de primeira instância negado provimento ao pedido da *ÖBB-Infrastruktur*, a autora recorreu ao tribunal de recurso, o qual emitiu decisão favorável. Contudo, dessa decisão foi interposto novo recurso, perante o *Oberster Gerichtshof*, que no caso é o órgão jurisdicional de reenvio (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

De acordo com o *Oberster Gerichtshof*, “o autor de um prejuízo deve assegurar a reparação de todas as consequências, incluindo as fortuitas, cuja eventual ocorrência podia prever *in abstracto*, mas não a reparação das consequências atípicas” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 02). Nesse sentido, o tribunal entendeu que, se uma empresa que não faz parte do cartel se beneficia dos *umbrella effects* causados, não existe aí o elemento da causalidade adequada entre a atividade ilícita e os prejuízos alegados, tratando-se de um prejuízo indireto. Ainda, acrescentou que haveria um grande número de fatores, sem nenhuma relação com o cartel, capazes de influenciar a estratégia econômica e as decisões tomadas pelos concorrentes dos participantes de um cartel, diante da prática de preços mais altos por estes (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Outro ponto abordado pelo *Oberster Gerichtshof* foi a questão do objetivo protetor da norma, isto é, saber se a norma violada pelo autor do dano tinha como objetivo a proteção dos interesses da pessoa lesada. Consoante o entendimento do tribunal, esse não é o caso da pessoa que sofre prejuízos em decorrência do chamado *umbrella pricing*, visto que não haveria aí nenhuma relação de ilicitude. A legislação acerca da infração de cartel visaria a proteger apenas os consumidores de produtos do cartel, sendo os prejuízos advindos de *umbrella effects* apenas efeitos colaterais de uma decisão independente de um agente econômico que não faz parte do cartel (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Apesar das considerações delineadas, o órgão jurisdicional de reenvio reconheceu que a discussão que permeia a indenização por dano resultante de *umbrella effects* é cheia de controvérsias, tanto na doutrina alemã quanto na austríaca. Por esse motivo, decidiu suspender a instância e submeter questão prejudicial ao TJUE, inquirindo, em suma, se o artigo 101 do TFUE comportava a exclusão categórica, por motivos jurídicos, da possibilidade de que empresas participantes de um cartel sejam civilmente responsabilizadas pelos danos resultantes de preços que uma empresa não cartelizada, em vista da conduta do cartel, fixou em níveis mais elevados em comparação com uma situação normal de concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

A esse respeito, o TJUE manifestou-se no seguinte sentido:

[O] artigo 101 TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma interpretação e a uma aplicação do direito interno de um Estado-Membro, que consiste em excluir de forma categórica, por motivos jurídicos, que empresas que participem num cartel sejam civilmente responsabilizadas pelos danos resultantes de preços que uma empresa não participante nesse cartel, tendo em conta a conduta do referido cartel, fixou num nível mais elevado do que aquele que teria aplicado se o cartel não existisse (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 04, tradução oficial).

Em sua motivação, o Tribunal primeiramente lembrou o entendimento segundo o qual qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do prejuízo sofrido quando houver um nexo de causalidade entre o dano e um cartel ou uma prática proibida pelo artigo 101 do TFUE. Nesse sentido, ressaltou que esse direito atribuído a qualquer pessoa teria a capacidade de desencorajar os acordos ou práticas suscetíveis de restringir ou falsear a concorrência, de modo que possuiria papel importante na manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia. Observa-se, assim, que o TJUE coloca a dissuasão como um dos objetivos a serem alcançados pelos órgãos de defesa da concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Ademais, outro ponto levantado pelo Tribunal foi o de que o preço de mercado é um dos principais elementos levados em consideração por uma empresa quando esta determina o preço de seus serviços e produtos. Portanto, embora a fixação do preço de um produto ou serviço em patamar mais alto, por parte de empresa não cartelizada, constitua decisão autônoma dessa empresa, essa decisão tem por base um preço de mercado que se encontra distorcido pela atividade do cartel (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Por fim, o Tribunal também endereçou a questão da previsão da lei austríaca, a qual exclui o direito de indenização em hipótese de *umbrella effects*, tendo em vista que, na ausência de um vínculo contratual com um membro do cartel, considera-se que não há nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e o cartel. No entendimento do Tribunal, de forma semelhante ao que ocorreu em *Manfredi*, competiria à ordem jurídica interna de cada Estado-membro determinar as regras referentes à aplicação do conceito de nexo de causalidade, porém as regras nacionais teriam o dever de garantir a plena efetividade do direito da concorrência da União Europeia e, conseqüentemente, do artigo 101, do TFUE (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Fica clara, nesse momento, uma das diferenças principais entre a jurisdição americana e a europeia: verifica-se uma maior autonomia das cortes americanas para decidir, enquanto as cortes dos Estados membros europeus ficam mais vinculadas à legislação e aos entendimentos jurisprudenciais da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Assim, pelas razões expostas, o Tribunal de Justiça decidiu de forma favorável à *ÖBB-Infrastruktur*, postulando que a vítima de *umbrella effects* pode obter compensação dos membros do cartel, mesmo na ausência de vínculos contratuais com eles, desde que fique demonstrado o nexo de causalidade (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Ante o exposto, verifica-se que, se por um lado a jurisdição americana confere maior liberdade às cortes para decidir acerca do tipo de ação em questão, também é certo que aplica aos casos de extensão de responsabilidade uma abordagem mais conservadora, que requer maior consideração. Segundo LAVORATO, trata-se de uma abordagem restritiva-funcional que se norteia por diretrizes definidas pela Suprema Corte, quais sejam:

a natureza do suposto dano; o nível de causalidade entre a conduta e o suposto dano; o caráter especulativo do dano; o risco de dupla reparação do dano; o risco de arbitramentos complexos de danos e a existência de vítimas ligadas por um nexo de causalidade mais estrito (2016, p. 10).

De outro lado, como ressaltado pelo mesmo autor, observa-se que a União Europeia ainda não definiu um parâmetro a ser aplicado, optando por uma interpretação mais abrangente que preserva o enunciado do artigo 101 do TFUE.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR *UMBRELLA EFFECTS* NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

3.1 A responsabilidade civil em casos de cartel

Nos últimos anos, o Brasil tem experimentado considerável crescimento no que diz respeito à persecução administrativa e criminal de cartéis, com destaque para a atuação da autoridade antitruste do país, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Um dos aspectos desse crescimento foi o aumento do número de investigações de cartel, com prioridade para os casos de cartéis *hard core*, e da severidade das punições.

Também no âmbito criminal, a parceria do Cade com as autoridades criminais tem facilitado a responsabilização dos indivíduos que se envolvem na prática de cartel.

Por outro lado, apesar de a responsabilização no âmbito cível por infrações antitruste também ter se desenvolvido no Brasil, em grande parte devido ao crescente número de casos investigados pelo Cade, incluindo casos de cartéis grandes e paradigmáticos, aquela é ainda muito incipiente no país, tendo começado a ganhar maior relevância apenas recentemente, desde cerca de 2010.

No Brasil, “sociedades e indivíduos podem ser processados [por infrações antitruste] de forma individual (i.e., diretamente por concorrentes, fornecedores e consumidores diretos ou indiretos) ou de forma coletiva” (JASPER, 2015, p. 04, tradução livre). Se de um lado, apenas entidades governamentais e entidades de capital aberto podem oferecer uma reclamação direta e individual, as outras vítimas da infração antitruste podem buscar uma solução coletiva por dois meios: a ação civil pública, que pode ser proposta apenas pelos departamentos estadual e federal do Ministério Público, e a ação coletiva, que pode ser proposta por associações comerciais, associações de consumidores e outras associações, além de União, estado, municípios e Ministério Público (OCDE, 2015; JASPER, 2015).

Ainda, o Brasil possui um sistema de *double damages*, ou danos em dobro, em que se aplica um fator multiplicador ao valor apurado pelo judiciário, o qual visa a assegurar a compensação adequada dos consumidores que sofreram danos em decorrência de ilícitos anticoncorrenciais. Conquanto exista a possibilidade de se buscarem danos em dobro na jurisdição brasileira, com base no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do

Consumidor¹⁴, é certo que as autoridades geralmente concedem apenas o dano simples (OCDE, 2015).

Esta seção passará por algumas das características do sistema de *private enforcement* brasileiro, no que diz respeito às infrações antitruste, com o objetivo de analisar o tratamento dispensado por tal jurisdição a essa modalidade de reparação de danos. Essa exposição visa a fornecer os subsídios necessários à posterior análise da responsabilização por *umbrella effects* na jurisdição brasileira.

3.1.1 Os elementos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Na jurisdição brasileira, há algumas provisões legislativas que podem fundamentar a pretensão de reparação civil por danos antitruste. A primeira delas é a provisão geral do artigo 927, do Código Civil, segundo a qual:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ademais, também a lei 12.529/11, a Lei da Concorrência¹⁵, traz enunciado acerca da possibilidade de reparação por infração antitruste, nos termos do artigo 47:

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.

¹⁴ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

¹⁵ Observe-se que, apesar de a Lei de Defesa da Concorrência trazer disposições sobre a responsabilização civil em razão da prática dos ilícitos nela previstos, a competência exclusiva para o julgamento dessa matéria é do Judiciário.

Os dispositivos acima mencionados contêm informações importantes para a compreensão do *private enforcement* na jurisdição brasileira. Primeiramente, destaque-se que o artigo 927, do Código Civil, traz a previsão expressa da necessidade dos elementos **ato ilícito** e **dano**, para a configuração do dever de indenizar.

Na hipótese em estudo, o ato ilícito que motiva a reparação civil é o ilícito de cartel, o qual está previsto no artigo 36, da lei 12.529/11.

Tendo, no caso concreto, sido verificada a existência de um cartel, faz-se necessária também a constatação do dano decorrente desse ato ilícito. Diferentemente da responsabilidade administrativa por ilícito concorrencial, em que basta a mera configuração do ato ilícito, com potencialidade de causar danos concorrenciais, a responsabilidade civil, consoante o Código Civil, requer, para além do ato ilícito, a constatação do elemento dano (CARVALHO, 2012):

Outro fator indispensável ao reconhecimento da obrigação de indenizar é o **nexo de causalidade** entre o ato ilícito e o dano alegado, de modo que o ato praticado tenha sido a causa real e determinante para a produção do dano. Há divergências na doutrina brasileira a respeito de quais seriam os critérios adequados para provar o vínculo entre ato e dano. Podem-se citar quatro teorias principais que figuram na análise da relação de causalidade, quais sejam: a teoria da equivalência das condições (ou teoria da *conditio sine qua non*), a teoria da causalidade adequada, a teoria da causalidade direta e imediata e a teoria da causalidade necessária.

A teoria da equivalência das condições postula que todas as circunstâncias que concorrerem para a produção de um dano devem ser consideradas como causas desse dano. Os defensores dessa teoria acreditam que, se uma dessas circunstâncias fosse suprimida, o dano não ocorreria, tendo em vista que todas as circunstâncias desempenham papel equivalente e essencial na sua produção (GONÇALVES, 2010).

Já a teoria da causalidade adequada, segundo GONÇALVES (2010), somente considera como causadora do dano a condição que, por si só, for apta a produzi-lo. Nessa análise, preza-se pelo exame do nexo de causalidade de acordo com a possibilidade e a probabilidade de que determinada ação tenha determinado resultado. Não se trata apenas de verificar a condição imediata que levou ao dano, mas o fato mais adequado para a sua produção.

Quanto à chamada teoria da causalidade direta e imediata, nos termos dessa teoria, um indivíduo só pode ser responsabilizado pelos danos que decorrerem de forma direta e imediata

do seu ato, isto é, em tese, pelos danos que estiverem mais próximos do ato (GONÇALVES, 2010).

Em adição, a teoria da causalidade necessária postula que a condição deve ser causa necessária do dano, ou seja, além de ser capaz de produzi-lo, ela deve ser a única explicação racional para o dano analisado, não podendo este ter sido produzido por nenhum outro ato (MAGGI, 2010).

Por fim, ao contrário do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade, a **culpa** não é elemento indispensável ao estabelecimento do dever de indenizar. Embora o ordenamento brasileiro tenha como regra a aplicação da responsabilidade subjetiva, o artigo 927 do Código Civil prevê uma exceção em que se aplica a responsabilidade objetiva, ao postular, em seu parágrafo único que “[h]averá 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”.

Nos casos de cartel, ainda que a potencialidade do dano não seja suficiente para motivar o reconhecimento da responsabilidade civil, é certo que esse fator é interessante para determinar se a responsabilidade aplicada deve ser objetiva ou subjetiva, uma vez que o autor do ilícito assume o risco de que sua conduta possa ter desdobramentos prejudiciais para consumidores e outros agentes de mercado.

Em consonância com a previsão da legislação, também a jurisprudência brasileira tem aplicado os elementos da responsabilidade civil objetiva e subjetiva acima mencionados. Destaquem-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO SOBRE QUESTÕES ESSENCIAIS AO JULGAMENTO DA LIDE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. REQUISITO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC CARACTERIZADA. 1. **A responsabilidade civil objetiva por dano ambiental não exclui a comprovação da efetiva ocorrência de dano e do nexo de causalidade com a conduta do agente, pois estes são elementos essenciais ao reconhecimento do direito de reparação.** Precedentes. 2. Omissão reconhecida quanto à demonstração de nexo de causalidade entre conduta omissiva ou comissiva da União, a justificar sua condenação solidária na reparação ambiental de área degradada. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omissa o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente na apelação e nos embargos declaratórios, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado. 4. Agravo da União conhecido para prover o recurso especial, a fim de cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem

aprecie as questões nele apontadas. 5. Recurso especial dos particulares prejudicado (STJ - REsp: 1378705 SC 2013/0092262-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 03/10/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2013, sem grifos no original).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. SERVIDOR DA FUNASA. CONTAMINAÇÃO. AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. DDT E MERCÚRIO. ENFERMIDADES NÃO COMPROVADAS. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO CARACTERIZADO. I - **A responsabilidade objetiva do Estado, a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, independe de culpa ou dolo, condicionando-se, contudo, à efetiva ocorrência do fato, consistente na ação ou omissão do agente estatal, do dano sofrido e do nexo de causalidade.** II - Ausentes um desses elementos, como no caso, em que não restou comprovado que os autores são portadores de qualquer enfermidade, tampouco, a existência de nexo causal entre as supostas enfermidades e a exposição ao agente DDT e mercúrio, afigura-se incabível o pagamento de indenização, sob esse fundamento. III - Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada (TRF-1 - AC: 200039000124522 PA 2000.39.00.012452-2, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 15/05/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.672 de 24/05/2013).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL ECT. DEMANDA CONTRA EX-EMPREGADO. DIFERENÇA A MENOR DE CAISA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. SENTENÇA EXTINTIVA ANULADA. JULGAMENTO DA LIDE PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSENTES. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Não configurada a falta de indicação dos fundamentos jurídicos do pedido de indenização deduzidos pela ECT contra ex-empregado, em razão da diferença a menor em caixa sob sua responsabilidade. Sentença terminativa anulada. 2. No caso em exame, o processo encontra-se devidamente instruído, permitindo o julgamento da lide diretamente pelo Tribunal, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC. 3. **A responsabilização civil do empregado público pela reparação dos danos materiais supostamente causados à empresa pública depende da comprovação do dano, da conduta culposa do empregado e do nexo de causalidade.** Em face da insuficiência probatória, não ficou caracterizada a responsabilidade do requerido pela restituição de valores relativos à diferença a menor constatada no caixa da agência João Lisboa-MA. 4. Embora o réu, revel, tenha autorizando o desconto parcelado do valor referente à diferença a menor do caixa apurada em sindicância diretamente de sua folha de pagamento, isso não equivale à confissão de responsabilidade pelos prejuízos sofridos pela autora, ainda mais quando se vê que o réu negou, categoricamente, a responsabilidade pelas diferenças em dois momentos distintos no curso da sindicância. A análise minuciosa do conteúdo sindicância - que é documento unilateral - não conduz à conclusão inequívoca de que o réu tenha dado causa aos prejuízos sofridos pela autora. 5. Dá-se parcial provimento à apelação, para anular a sentença terminativa e, no julgamento do mérito, na forma do artigo 515 § 3º do CPC, julga-se improcedente o pedido (TRF-1 - AC: 1960 MA 2000.37.00.001960-3, Relator: JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, Data de

Julgamento: 11/06/2013, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, sem grifos no original).

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE EM VIA DE TRÂNSITO. QUEDA EM BUEIRO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. PROVA. AUSÊNCIA - AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Cuida-se de Recurso de Apelação Cível em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife/PE [Fls. 56/57v], o qual, no bojo da Ação de Indenização, extinguiu o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC, julgando improcedente o pedido elaborado na petição inicial por haver dúvida quanto à responsabilidade civil do Município-apelado, condenando o Apelante ao pagamento dos honorários advocatícios nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Intimadas as partes quanto ao teor da sentença prolatada, o Apelante persegue a reforma da decisão in totum, a fim de que o Município-apelado seja condenado nos danos materiais e morais [Fls. 64/67]. Contrarrazões às fls. 87/99. Pronunciamento ministerial concluindo inexistir pressuposto interventivo [Fls. 112/113]. A ação tem como causa de pedir os danos sofridos pelo Apelante após a colisão do seu veículo com a tampa de um bueiro e a sua subsequente queda na indicada boca de lobo. **O presente caso versa acerca da responsabilidade civil subjetiva da administração pública, sendo então necessário perscrutar a existência de três requisitos essenciais à resolução do imbróglio: a existência do dano, o nexo causal e a comprovação da culpa do Município-apelado (...)** (TJ-PE - AGV: 3088320 PE, Relator: Antenor Cardoso Soares Junior, Data de Julgamento: 13/01/2015, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/01/2015, sem grifos no original).

Observe-se que os tribunais, assim como a legislação, têm entendido ser necessária, para que haja o direito de reparação, a presença do ato ilícito, do dano, do nexo de causalidade e, no caso de responsabilidade civil subjetiva, do elemento culpa. No caso de responsabilidade civil objetiva, de outro lado, os tribunais têm convergido na ideia de que não há necessidade de comprovação de culpa por parte do autor do dano.

3.1.2 A jurisprudência acerca de ações de reparação de danos antitruste

Como já mencionado, a discussão acerca da reparação civil de danos decorrentes de cartéis (e de ilícitos antitruste em geral) ainda é muito recente para o judiciário brasileiro, não deixando, contudo, de ser uma tendência crescente no país.

Em 2010, o Cade incluiu, pela primeira vez numa decisão sobre cartel, um despacho contendo a cópia da decisão, a ser enviado a particulares possivelmente afetados pela conduta, a fim de deixá-los cientes da possibilidade de buscarem a compensação dos danos sofridos.

Tratava-se do chamado “Cartel do Oxigênio”¹⁶, em que o Cade aplicou uma multa de 2,3 bilhões de reais. A medida tomada pelo Cade representou um esforço no sentido de incentivar a propositura de ações privadas de danos com base em investigações públicas, tendo de fato resultado em um número de ações movidas por partes supostamente afetadas pelo cartel em questão (OCDE, 2015; JASPER, 2015).

Antes da decisão de 2010, algumas ações de indenização espontâneas (sem relação com alguma decisão do Cade) foram propostas por departamentos estaduais do Ministério Público, a fim de buscar reparação para supostas vítimas de cartéis regionais de combustíveis e de gás liquefeito de petróleo, os quais estavam sendo investigados nesses mesmos departamentos (JASPER, 2015).

Além disso, também houve a ação ajuizada pelo Grupo Cobraço, em 2006¹⁷, a qual foi derivada de decisão emitida pelo Cade em 2005¹⁸, no âmbito do “Cartel do Aço”, que condenou empresas produtoras de hastes de aço ao pagamento de altas penalidades pecuniárias, por terem engajado em cartel para alocar clientes e fixar preços. Um dos aspectos interessantes desse caso foi a concessão da medida cautelar requerida pela Cobraço, a qual pleiteava que os réus vendessem as hastes de aço a preços anteriores ao cartel (com os devidos ajustes) (JASPER, 2015).

O mesmo processo administrativo também deu ensejo a outras ações privadas de reparação, incluindo ações ordinárias¹⁹ e ações requerendo reparação metaindividual²⁰ (LAVORATO, 2017).

De outro lado, posterior a 2010, tem-se a ação ajuizada pela Electrolux em face da Tecumseh e da Whirlpool, em 2012, com base em investigação de cartel no mercado de compressores para refrigeração²¹, conduzida pelo Cade. No referido processo administrativo, a Tecumseh havia celebrado acordo de leniência, enquanto a Whirlpool havia firmado Termo de Compromisso de Cessação de Conduta com o Cade e concordado em pagar uma quantia de 100 milhões de reais. A lide entre a Electrolux e a Tecumseh foi resolvida por meio de acordos

¹⁶ Processo Administrativo 08012.009888/2003-70, Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan, julgado em 03 set. 2010.

¹⁷ Ação ordinária 9848158-78.2006.8.13.0024, 22ª Vara Cível de Belo Horizonte (JASPER, 2015).

¹⁸ Processo Administrativo 08012.004086/2000-21, Conselheiro Relator: Luiz Alberto Esteves Scaloppe, julgado em 23 set. 2005.

¹⁹ Ações ordinárias 2009.34.00.035755-7, 13ª Vara Federal do DF, e 2009.38.00.015651-4, 17ª Vara Federal de Belo Horizonte (LAVORATO, 2017).

²⁰ Apelação cível 70018714857, 3ª Câmara Cível do TJRS, e apelação cível 994.03.009753-6, 11ª Câmara de Direito Público do TJSP (LAVORATO, 2017).

²¹ Processo Administrativo 08012.000820/2009-11, Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 21 mar. 2016.

referentes a pedidos de reparação ajuizados em vários países, incluindo o Brasil (JASPER, 2015).

Por fim, ressalte-se que, apesar da maior relevância que as ações privadas antitruste têm conquistado na jurisdição brasileira, é certo que a discussão é ainda muito incipiente no Brasil. Verifica-se que, além da falta de conhecimento acerca da possibilidade de se ajuizar esse tipo de ação, também está ausente o devido incentivo a que os indivíduos que sofrem danos antitruste, como os advindos de cartéis, de fato busquem reparação. Nesse sentido, a atuação do Cade mostra-se importante, fato que ficou claro na decisão emitida acerca do “Cartel do Oxigênio”.

3.2 A responsabilidade civil em razão de *umbrella effects* produzidos por cartel: perspectivas.

Embora o Brasil tenha experimentado uma evolução nas discussões sobre ações privadas de danos causados por cartéis, é certo que ainda não há nenhuma tendência no sentido de reconhecer a possibilidade de reparação em casos de *umbrella effects*.

Tendo em vista a ausência de discussão sobre o assunto no judiciário brasileiro, esta seção busca, com base nos atuais entendimentos acerca das ações privadas antitruste, verificar as perspectivas da jurisdição no que diz respeito ao acolhimento do direito de reparação de danos sofridos pelos consumidores dos concorrentes de um cartel.

3.2.1 *Umbrella effects*: danos diretos ou indiretos?

Uma das controvérsias observadas nas discussões da jurisprudência internacional acerca dos danos resultantes de *umbrella pricing* diz respeito à possibilidade de que tais danos sejam meramente indiretos, remotos, de modo a não ensejar a reparação civil. Conquanto haja decisões nos dois sentidos, é certo que jurisdições como a dos Estados Unidos têm seguido a tendência de não permitir a reparação de danos indiretos²², em razão do perigo de regressão ao infinito, o que poderia resultar em cálculos de danos demasiadamente especulativos e punições excessivas aos integrantes do cartel.

Assim, para verificar a possibilidade de compensação de danos resultantes de *umbrella pricing* na jurisdição brasileira, faz-se necessário analisar se, no contexto do ordenamento

²² Como o já referenciado julgamento paradigmático *Illinois Brick*.

jurídico brasileiro, esse dano pode ser considerado um dano direto ou indireto e se, conforme o tratamento dado pelo ordenamento pátrio, esse tipo de dano seria compensável. Para isso, serão analisadas algumas teorias da causalidade, comumente utilizadas na definição da responsabilidade civil.

Embora haja considerável debate doutrinário sobre qual teoria da causalidade o ordenamento brasileiro adota, o artigo 403 do Código Civil é claro ao dispor que:

“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual” (sem grifos no original).

Assim, como assevera GONÇALVES, “[d]as várias teorias sobre o nexu causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária” (2010, p. 351).

Também GAGLIANO se filia a esse entendimento, afirmando que “o Código Civil Brasileiro adotou a teoria da causalidade direta e imediata, na vertente da causalidade necessária” (2012, p. 159).

Não obstante, considerável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, considera mais apropriada a adoção da teoria da causalidade adequada. GAGLIANO (2012) aduz que esse entendimento se deve, em grande parte, a uma confusão feita pelos estudiosos entre os conceitos de teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta e imediata, de modo que a doutrina pode utilizar uma ou outra, em ocasiões diferentes, com o mesmo sentido.

Apesar das imprecisões terminológicas, verifica-se clara tendência, no ordenamento brasileiro, de acolher os chamados danos diretos e de rejeitar os danos remotos. É importante, contudo, deixar clara a distinção entre danos remotos e danos indiretos (ou danos por ricochete), pois enquanto aqueles não têm lugar no ordenamento brasileiro, estes são acolhidos e podem ensejar indenização.

Nesse sentido, FRANCISCO aduz que “muito embora o ‘dano indireto’ tenha na ação ou omissão sua causa direta e imediata, não se apresenta como a primeira manifestação do prejuízo ocasionado pelo ato ilícito” (2014, p. 97). Já o dano remoto, este não aceito na jurisdição brasileira, é aquele em que não se pode identificar o nexu causal entre o ato e o dano.

Assim, no Brasil, verifica-se uma situação diferente da observada nos Estados Unidos: enquanto na jurisdição americana não se admite a indenização por dano indireto, no direito brasileiro, qualquer indivíduo pode pleitear indenização por dano resultante de ato ilícito, desde que demonstre o nexo de causalidade entre o ato e o dano (FRANCISCO, 2014). Nesse sentido, os seguintes julgados:

ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR. DANO POR RICOCHETE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À IRMÃ. É devida à irmã do trabalhador vitimado por acidente de trabalho a indenização pelo dano moral, uma vez demonstrados os estreitos laços de afeto e convivência, restando configurado o dano por ricochete. (TRT-4-RO: 00210715120155040663, Data de Julgamento: 16/03/2017, 6ª Turma).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSIONAMENTO. PRELIMINAR. CERCAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. DESNECESSIDADE. REJEIÇÃO. HOMICÍDIO. OMISSÃO DO ESTADO EM AGIR PREVENTIVAMENTE. LEGITIMIDADE DOS GENITORES E IRMÃOS. DANO POR RICOCHETE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. AUSÊNCIA. COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (...) 02. Os genitores e irmãos possuem legitimidade para postular indenização pelo falecimento do ente querido, vítima de homicídio, ante o dano moral reflexo, por ricochete. O direito à reparação pela dor psíquica, na hipótese, é próprio dos herdeiros, não sendo, portanto, um direito transmitido com a herança. Precedentes. (...)
(TJ-DF 20150110937506 0022738-34.2015.8.07.0018, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 08/02/2017, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/02/2017 . Pág.: 894/911).

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL EM RICOCHETE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO COM RESULTADO MORTE. DEFERIMENTO. Havendo sido comprovado nos autos que a reclamada não procedeu com o seu dever de cuidado, ocasionando o acidente fatal que ceifou a vida do empregado, privando os reclamantes do convívio com o esposo e pai, sendo claro o efeito nocivo advindo do ato empresarial, configurado com base em elementos objetivos, observáveis e sentidos pelo senso comum, é devido o pagamento de indenização, a fim de minimizar o sofrimento dos demandantes. Recurso empresarial ao qual se nega provimento, no aspecto. (Processo: RO - 0000993-40.2015.5.06.0191, Redator: Maria das Gracas de Arruda Franca, Data de julgamento: 05/06/2017, Terceira Turma, Data da assinatura: 05/06/2017) (TRT-6 - RO: 00009934020155060191, Data de Julgamento: 05/06/2017, Terceira Turma).

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Possibilidade. Indenização. Danos materiais e morais. Elementos da responsabilidade civil demonstrados na origem. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte consolidou-se no

sentido de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem. 2. As instâncias de origem concluíram, com fundamento na legislação infraconstitucional e nos fatos e nas provas dos autos, que restaram demonstrados os pressupostos legais da responsabilidade civil, bem como que a agravante tinha o dever de indenizar a agravada pelos danos sofridos em decorrência da interrupção do serviço de fornecimento de energia elétrica. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 4. Agravo regimental não provido (STF - ARE: 721789 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 26/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. DANO EM RICOCHETE. Comprovado o dano, o nexo de causalidade e a culpa empresária, que manteve o trabalho em local interdito ou embargado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, sem as medidas preventivas a evitar a ocorrência de acidente de trabalho que vitimou o empregado, é mantida a condenação solidária das reclamadas pelo pagamento de indenização por danos morais e materiais aos familiares do "de cujus" (TRT-4 - RO: 00684007920055040026 RS 0068400-79.2005.5.04.0026, Relator: JOÃO BATISTA DE MATOS DANDA, Data de Julgamento: 27/02/2014, 26ª Vara do Trabalho de Porto Alegre).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO. ROMPIMENTO DE ANEURISMA. AVC HEMORRÁGICO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO. INVALIDEZ PERMANENTE. RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE. CULPA MÉDICA NA MODALIDADE DE NEGLIGÊNCIA. DANOS MATERIAIS POR RICOCHETE. PENSIONAMENTO AO MARIDO DA VÍTIMA. TERMO FINAL. Evidenciado que, em decorrência da falha no serviço prestado pelos médicos do Hospital embargado, resultou a esposa do autor com incapacidade permanente, a pensão mensal a ser paga é vitalícia. Pensionamento mensal a ser pago ao marido da vítima até a data em que esta falecer. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70057037178, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/11/2013) (TJ-RS - ED: 70057037178 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 27/11/2013, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/11/2013).

Observa-se que os danos alegados nos referidos julgados enquadram-se na definição de Francisco de danos indiretos, acima mencionada, isto é, trata-se de danos que têm sua causa no ato ilícito, mas não que são a sua primeira consequência. Nesse sentido, é possível traçar um paralelo com a situação analisada neste trabalho: o dano experimentado pelos consumidores de concorrentes não cartelizados do cartel é apenas um reflexo do aumento de preços perpetrado pelos agentes não cartelizados, sendo este, de fato, o resultado direto da

ação do cartel, nesta análise. Assim, o dano causado por *umbrella effects* não constitui a primeira manifestação do dano que o causou, mas um dano por ricochete.

Diante da constatação da possibilidade de indenização de danos indiretos na jurisdição brasileira, é preciso fazer um esclarecimento. Como mencionado acima, o ordenamento brasileiro parece adotar, de forma expressa na legislação, a chamada teoria da causalidade direta e imediata. Contudo, essa nomenclatura pode levar a entendimentos equivocados, uma vez que o aplicador da lei pode entender que apenas é causa do dano o ato que vem imediatamente antes daquele, porém não é esse o entendimento vigente. Ao contrário, a interpretação aplicada na jurisdição brasileira está mais próxima do conceito de teoria da causalidade adequada, com restrição pela teoria da causalidade necessária.

Dessa forma, torna-se uma questão de probabilidade de o ato ilícito resultar no evento danoso, de forma que uma condição só será considerada causa se o resultado dela advindo representar a sua decorrência normal e previsível. Isso significa que a condição deve estar apta a produzir o dano.

Em adição, a condição deve ser causa necessária do dano, isto é, ela não deve somente ser capaz de produzir o dano, mas também deve haver a constatação de que o dano não poderia ter sido produzido por nenhum outro ato.

Tendo sido convencionado que o direito brasileiro aceita ambos os tipos de dano, direto e indireto, em tese, seria possível a indenização de dano causado por *umbrella effects*.

3.2.2 A responsabilização por umbrella effects e a possibilidade de sobrepena dos infratores

Uma questão controversa na doutrina e na jurisprudência referentes à responsabilização por *umbrella effects* é a possibilidade de que se crie um ônus econômico excessivo para os membros do cartel, o qual, em última instância, pode ser prejudicial para a própria concorrência.

É fato que o sistema de *private enforcement* pode criar custos extras para as empresas réus, principalmente quando as ações privadas têm como base uma investigação pública, havendo aí um custo processual duplo com o qual os réus devem arcar (WILS, 2017).

Contudo, ainda há muita divergência quanto ao assunto na jurisprudência internacional. Nos Estados Unidos, de um lado, têm-se cortes americanas que são favoráveis à responsabilização dos cartelistas pelas perdas decorrentes de *umbrella pricing*. Elas

argumentam que tais perdas configuram *antitrust injury* e que resultam em reparação financeira proporcional ao dano causado pelos infratores (MONTI, 2014).

De outro lado, as cortes que são contra a responsabilização dos cartelistas por *umbrella effects* sustentam, a esse respeito, dois argumentos principais: (i) o sobrepreço resultante dos preços praticados pelos agentes não cartelizados não beneficiaria os membros do cartel, mas sim os próprios agentes praticantes do *umbrella pricing*, sendo consequência de uma decisão independente tomada por estes; e (ii) haveria um risco de sobrepunição dos réus, o que poderia levar até mesmo à quebra dessas empresas e afetar a competitividade do mercado (MONTI, 2014). A respeito desses dois argumentos, cabe tecer algumas considerações.

Primeiramente, em um mercado cartelizado, em que há uma redução na quantidade produzida ou um aumento de preços praticados, a empresa não cartelizada tem basicamente duas opções, a fim de maximizar seus lucros: adotar uma postura mais agressiva, deixando seus preços abaixo da concorrência e aumentando sua produção, ou pode apenas beneficiar-se silenciosamente do cartel, aumentando seus preços ou reduzindo sua produção, conforme as ações tomadas pelo cartel (FRANCK, 2015).

Com efeito, se a empresa não cartelizada optar por seguir o segundo caminho, ela estará transmitindo o aumento de preços promovido pelo cartel para os seus clientes, de modo que os seus consumidores sofrerão o mesmo dano econômico sofrido pelos consumidores dos concorrentes que se encontram em conluio (BLAIR e MAURER, 1982). Contudo, não seria razoável concluir, pelo fato de a empresa não cartelizada ter seguido o aumento de preços do cartel, que esta teria contribuído para o dano causado ao seu consumidor. Nesse sentido BLAIR e MAURER sustentam que, na verdade, “o comportamento competitivo do vendedor que não participa do cartel é um resultado previsível do comportamento ilegal do réu e é, na verdade, desejável do ponto de vista de redução do dano econômico geral que a atividade ilegal causa para o público” (1982, p. 788).

Ademais, também não seria possível enquadrar a conduta dos concorrentes do cartel em uma infração antitruste. Não haveria que se falar, por exemplo, de participação em um cartel tácito. No entendimento da Corte Europeia de Justiça, deve-se conferir certa liberdade para que as empresas não cartelizadas possam adaptar-se de forma inteligente à existência de um conluio entre seus concorrentes, não havendo, nesse caso, violação do artigo 101, do TFUE. Para que houvesse conduta ilícita, seria necessário um elemento adicional de acordo

mútuo ou uma troca de informações sensíveis (FRANCK. 2015). Assim, a Corte já se manifestou no sentido de que:

A menos que consigam formar um acordo mútuo tácito quanto aos termos da concertação, competidores podem recorrer a práticas proibidas pelo artigo 81 da TEC (agora, artigo 101, do TFUE), a fim de ser capaz de adotar uma política comum do mercado (UNIÃO EUROPEIA, 2014, *apud* FRANCK, 2015, p. 03, tradução livre).

De toda sorte, em muitos casos também é difícil fazer a distinção clara entre colusões tácitas e práticas lícitas como a concorrência entre os integrantes de um oligopólio, de forma que se torna arriscado concluir pela existência de uma prática ilícita, visto que um falso positivo poderia ser ainda mais prejudicial para a concorrência, na medida em que interferiria na liberdade de fixação de preços (FRANCK, 2015).

Outra questão que deve ser endereçada diz respeito a questão já mencionada neste trabalho, no tópico “1.2.1”, isto é, o fato de que nem todas as empresas concorrentes do cartel são agentes estratégicos, sendo elas, muitas vezes, parte de uma franja de meros *price takers*. Esse tipo de concorrente do cartel não possui dominância no mercado, de forma que jamais estaria apto a adotar uma postura agressiva frente aos altos preços do cartel, ou sequer manter seu preço constante, tendo em vista o aumento da demanda pelos seus produtos e o aumento de custos marginais de produção. Verifica-se, portanto, que caminho mais racional a ser adotado pela franja é acompanhar os preços do cartel, de forma a garantir a sua oferta e aumentar seu lucro.

Por fim, também é importante salientar que a conduta dos concorrentes do cartel, nessas situações, também não constitui *free riding*, no sentido de exploração consciente de um investimento feito por concorrente, devendo ser vista como mera reação a alterações na demanda, resultante das migrações de consumidores que deixam de consumir o produto do cartel e passam a adquirir os substitutos (INDERST et al., 2014).

Assim, como regra geral, não haveria que se falar em responsabilidade da empresa não cartelizada que seguiu o aumento de preços implementado pelas empresas cartelistas, o que acabou gerando *umbrella effects*. Como bem salienta FRANCK, as empresas que não participam do cartel “não possuem qualquer obrigação, em vista dos concorrentes que formam um cartel, de manter seus preços a um nível constante ou abaixo dos preços do cartel e de aumentar sua quantidade de produção” (2015, p. 03, tradução livre).

Não havendo que se falar em responsabilização dos agentes alheios ao cartel, resta endereçar o segundo argumento, isto é, de que haveria um risco de sobrepena dos réus, o que poderia, em última instância, levar à quebra dessas empresas e afetar a competitividade do mercado.

A esse respeito, destaque-se que a prática geradora do dano não se trata, neste caso, de uma atividade sem definição precisa na lei, a qual pode ter eficiências que possivelmente serão mitigadas pela pena excessiva. Trata-se de um cartel *hard core*, cujas práticas de fixar preços e de restringir a produção não podem ser minimizadas com base no argumento de eficiências. Se de um lado haveria a possibilidade de sobrepena, de outro nos depararíamos com o risco de que as punições atribuídas a membros de cartéis *hard core* não tivessem efeito dissuasivo suficiente.

Ante o exposto, adota-se aqui o posicionamento de FRANCK (2015), segundo o qual a potencialidade de uma sanção excessiva não pode impedir uma análise mais aprofundada do caso concreto, a fim de que se busque uma sanção pecuniária capaz de compensar e de dissuadir e que, de outro lado, não represente um ônus excessivo aos infratores. Portanto, afigura-se oportuna a decisão de atribuir as perdas decorrentes de *umbrella pricing* aos participantes do cartel, os quais foram de fato responsáveis por uma perda de eficiência no mercado.

3.2.3 A quantificação dos danos resultantes de umbrella effects

3.2.3.1 A suposta complexidade do cálculo de danos

Aqueles que se opõem à indenização dos danos resultantes de *umbrella effects* costumam, ainda, alegar a suposta complexidade da quantificação desse tipo de dano, com base em argumentos sobre eficiência e economia processual. Não seriam os cálculos desse tipo de dano altamente especulativos? É o que dizem algumas das cortes nos precedentes examinados no Capítulo II. De fato, danos por *umbrella effects* são raramente concedidos, tendo em vista, sobretudo, a dificuldade em se provarem o nexo causal e o valor do dano (LANDE, 1993).

A prova do nexo causal requer que o reclamante comprove: “(i) que o acordo de fixação de preços foi responsável por um aumento generalizado e indiscriminado dos preços no mercado relevante como um todo e (ii) que este aumento indiscriminado deu causa ao

prejuízo sofrido” (LAVORATO, 2016, pp. 9-10). Observe-se que, segundo essa lógica, na demonstração do nexo causal seria preciso deixar claro que o agente cartelizado não sofreu influência de outros elementos que pudessem explicar o aumento do preço final do produto e os consequentes danos (LAVORATO, 2016).

MAIER-RIGAUD defende que um consumidor afetado por *umbrella pricing* está sujeito às mesmas dificuldades enfrentadas por um consumidor direto do cartel, no que diz respeito à prova do dano sofrido. Inclusive, “se o agente que praticou *umbrella pricing* está no mesmo mercado que o agente cartelista, é provável que o dano sofrido pelos consumidores do primeiro tenham magnitude similar aos danos sofridos pelos consumidores diretos do cartel” (2014, p. 05, tradução livre).

Na tentativa de também trazer elementos para elucidar essa questão, LANDE aduz que o cálculo dos danos causados por uma infração antitruste deveria levar em consideração todos os prejuízos previsíveis causados pela violação a terceiros. Nesse sentido, a reparação deveria incluir “a riqueza transferida dos consumidores ao(s) infrator(es), bem como a ineficiência alocativa sentida pela sociedade, causada direta ou indiretamente por *umbrella effects*”, além de outros custos processuais (1993, p. 124, tradução livre).

Assim, o debate fica por conta de saber se as reivindicações dessa natureza são altamente especulativas ou apenas muito complexas e se, consideradas as evidências apresentadas no caso e todos os custos processuais envolvidos em ações com esse conteúdo, é razoável aceitar que reivindicações desse tipo prosperem.

Conforme exposto no item anterior, o ônus de provar o nexo de causalidade recai sobre aquele que alega o dano, de forma que, como qualquer pessoa que sofra dano decorrente de ato ilícito tem legitimidade para requerer indenização, basta que ela prove a ligação entre o ato e o dano e que nenhum outro fator poderia explicar, por si só, a ocorrência desse dano. Por meio desse critério, em tese, eliminam-se os danos remotos.

Reconhece-se ser esta uma abordagem demasiado simplificadora, uma vez que, no caso concreto, a tarefa de reconhecer a existência do nexo causal alegado pelo requerente é muito mais complexa, contudo trata-se de conclusão inevitável, visto que essa análise só pode ser feita frente às particularidades do caso real.

Ademais, estabelecido o nexo causal, à autoridade caberia a quantificação dos danos. Assim, no caso de *umbrella effects*, filia-se ao entendimento expresso pela corte que julgou o caso *In Re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust*, mencionado no item “2.2.1.2” deste trabalho. No referido caso, ausentes as considerações feitas em *Illinois Brick*, e sendo a

relação entre a parte prejudicada e o concorrente não cartelizado uma relação direta (de forma similar à relação entre os membros do cartel e seus consumidores), a corte entendeu que a medida do dano seria simplesmente a diferença entre o preço que teria sido obtido na presença de concorrência e o que de fato prevaleceu sob a pressão da conspiração.

3.2.3.2 A estimativa do dano em ricochete

Finalmente, diante do exposto, faz-se necessária uma reflexão sobre a estimativa do dano em ricochete causado por cartel. Em primeiro lugar, não se entende que, no caso de danos causados por *umbrella effects*, haveria perigo de dupla indenização. Com efeito, trata-se de um dano indireto, em ricochete, ou reflexo, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se trata da primeira consequência do ato ilícito. Todavia não se está lidando com diferentes níveis de uma cadeia de distribuição.

O tipo de dano indireto mais comum, como visto na jurisprudência internacional, lida com diferentes níveis da cadeia de distribuição. Com base no argumento de dano indireto, há consumidores que, apesar de não comprarem produtos diretamente do cartel, podem reclamar indenização por parte dos cartelistas, pois adquirem mercadorias que contêm produtos cartelizados em sua composição. Algumas jurisdições entenderão que isso é possível, enquanto outras adotarão posição contrária – no caso de jurisdições como os Estados Unidos, as cortes do país divergem entre si, frequentemente.

Nesse sentido, haveria o perigo de que os membros do cartel fossem punidos mais de uma vez pelo menos dano. Considere-se, por exemplo, um cartel de produtores de algodão, os quais vendem seu produto para um grupo de produtores de tecido de algodão, os quais, por sua vez, vendem seus tecidos para uma empresa de roupas. Se admitíssemos a possibilidade de ambos os compradores diretos (os produtores de tecido) e indiretos (empresa de roupas) requererem indenização por danos causados pelo aumento de preço do algodão, estaríamos diante da possibilidade de que o cartel pagasse duas vezes por esse aumento, pois ambas as indenizações poderiam levar em conta o preço do algodão na estimativa do dano²³.

Contudo, o dano causado por *umbrella effects* não se encaixa nessa descrição, pois, nesse caso, os consumidores afetados estão no mesmo nível da cadeia que os consumidores

²³ Aqui não estou levando em consideração toda a discussão que existe acerca da já mencionada *passing-on defense* (nota de rodapé 2) e a controvérsia sobre se os consumidores diretos repassam os custos extras causados pelo cartel para os consumidores indiretos e sobre quem, de fato, teria a legitimidade para requerer a indenização.

diretos do cartel. O preço *umbrella* praticado pelos concorrentes do cartel é um reflexo do preço praticado pelo cartel, mas o dano sofrido pelos consumidores daqueles é diferente e separado dos danos sofridos pelos consumidores deste, de forma que eventual estimativa de danos seria feita conforme uma base de cálculo diversa.

Assim, entende-se que os métodos já utilizados para o cálculo de danos diretos podem servir de base para a estimativa dos danos causados por *umbrella effects*, nesse caso não com base no aumento de preços perpetrado pelo cartel, mas por seus concorrentes.

A abordagem mais comum na quantificação de danos referentes a infrações antitruste é a baseada na comparação entre a situação do mercado de fato, isto é, na presença do cartel – considerando que os cartéis são foco deste trabalho –, e a situação do mercado em um cenário hipotético, na ausência do conluio (MAIER-RIGAUD e SCHWALBE, 2013). Essa abordagem é também chamada de *but-for analysis*, pois compara a situação factual com a situação em que a vítima do dano se encontraria não fosse pelo cartel²⁴ (UNIÃO EUROPEIA, 2013).

O desafio central dessa forma de cálculo de danos é chegar a uma conclusão sobre o que provavelmente teria acontecido na ausência da infração. Trata-se de um cenário que não pode ser observado de forma direta, de modo que é preciso construir esse cenário, a fim de que se possa ter uma base de comparação em relação à situação fática. Esse cenário de referência é o que se pode chamar de “cenário contrafactual” (UNIÃO EUROPEIA, 2013).

Vários métodos para estimar danos podem ser utilizados na determinação do cenário contrafactual, os quais se distinguem entre si pelo elemento de comparação, que pode ser uma hipótese teoricamente construída ou tirada de um mercado existente (MAIER-RIGAUD e SCHWALBE, 2013).

No primeiro caso, um modelo artificial de mercado será construído com base em elementos teóricos sobre a organização industrial e em análises empíricas. Já no segundo caso, constrói-se um cenário contrafactual com base num mercado real, utilizando-se métodos que podem analisar uma série temporal, comparar duas regiões geográficas ou combinar esses dois métodos (MAIER-RIGAUD e SCHWALBE, 2013).

A respeito da comparação com base no tempo, esta consiste em analisar o mesmo mercado antes e depois do período do cartel, com o fim determinar os preços-referência que vigeriam durante o período do cartel se este não tivesse existido. Por sua vez, a comparação geográfica utiliza como cenário contrafactual aquele vigente em outro mercado geográfico

²⁴ No original, “the factual position of the injured party has to be compared with the position in which this party would have been **but for** the infringement” (UNIÃO EUROPEIA, 2013, pp. 09-10, sem grifos no original).

(que não possua restrições à concorrência), em outro país ou região, que seja suficientemente comparável com o mercado cartelizado, em termos de concentração, tecnologias, custos, demanda, entre outros elementos. Por fim, pode-se também combinar as duas formas de análise mencionadas, com o fim de estabelecer o preço contrafactual (MAIER-RIGAUD e SCHWALBE, 2013).

Outras formas de se estimar o preço contrafactual poderiam ser utilizadas, envolvendo variáveis distintas, como custos de produção ou lucratividade. Resta determinar, no caso concreto, aquela que considera as especificidades do caso de forma mais satisfatória – em última instância, cabe aos membros do judiciário decidir qual seria o método mais adequado para estimar os danos causados por *umbrella effects*.

Em todo caso, ainda que não haja possibilidade de dupla indenização no caso de *umbrella effects*, é preciso que o órgão julgador esteja atento para não determinar o pagamento de uma indenização excessiva, resultando em ônus que não possa ser suportado pelos infratores e que possa vir a prejudicar a própria concorrência. Isso só pode ser feito caso a caso.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, verificou-se que cartéis *hard core* têm efeitos que não se limitam ao âmbito dos consumidores do cartel. Na condição de agentes com poder de mercado, a ação dos membros do cartel afeta também o comportamento de outros agentes do mercado, como os seus próprios concorrentes e os consumidores destes, uma vez que altera as condições normais de competição. Assim, em vista de deslocamentos na demanda, ou de decisões independentes dos concorrentes, o aumento de preços perpetrado pelo cartel pode ser refletido nos preços gerais do mercado, gerando prejuízos também para os consumidores dos concorrentes do cartel.

Acerca dos prejuízos resultantes de *umbrella effects*, já há relevantes discussões na jurisprudência internacional. Se de um lado as cortes americanas têm certa liberdade para divergir umas das outras, produzindo precedentes com entendimentos opostos sobre o tema, de outro, na União Europeia, as autoridades do bloco buscam uniformizar os entendimentos e condicionar a aplicação das leis dos Estados membros à consecução dos objetivos da jurisdição europeia, de forma que prevalece o entendimento de que as vítimas de danos por *umbrella effects* têm legitimidade para pleitear indenização.

As discussões no Brasil a esse respeito ainda são muito rudimentares, com menções escassas na doutrina e ausência de posicionamento jurisprudencial. Todavia, não se pode negar o crescimento que as ações privadas antitruste vêm experimentando nos últimos anos. Desse modo, tendo em conta essa nova tendência, e com base em noções básicas acerca da responsabilidade civil no país, foi possível traçar considerações quanto à adequação do reconhecimento do dano por *umbrella effects* às normas e entendimentos vigentes no ordenamento.

Restou demonstrado que o tipo de dano em estudo qualifica-se como um dano em ricochete (ou dano indireto), e não como um dano remoto, de modo que as vítimas desse dano teriam o direito de reivindicar reparação pelos danos sofridos. Além disso, chegou-se à conclusão de que, apesar das possíveis dificuldades que se possam apresentar na verificação da existência de nexo causal, na quantificação dos danos e no risco de sobrepunição dos infratores, é certo que isso não pode impedir, *prima facie*, a análise das particularidades do caso e o exercício de um juízo de eficiência, buscando realizar os objetivos do *private enforcement* antitruste.

No Brasil, se analisarmos o artigo 47 da Lei 12.529/2011 segundo a linha corretiva do direito, podemos chegar a uma interpretação segundo a qual o mencionado dispositivo busca não somente reparar os danos sofridos, mas também alcançar uma sanção dissuasiva ótima, capaz de coibir práticas anticompetitivas e de tornar mais efetiva a defesa do consumidor (CAIXETA, 2013). Assim, entende-se que o *private enforcement* antitruste brasileiro adota como objetivo tanto as funções de compensação quanto de dissuasão.

Nesse sentido, ainda que os concorrentes não cartelizados, que são os agentes que de fato praticam o *umbrella pricing*, não estejam infringindo a lei antitruste e, portanto, não possam ser responsabilizados, isso não significa que o direito antitruste deve ignorar as ineficiências e os danos gerados pela prática. Considerando que a proibição da prática de *umbrella pricing* seria uma ferramenta inadequada para o fim de prevenir as consequências danosas aos consumidores de concorrentes não cartelizados, o direito antitruste deve buscar prevenir a origem do dano, fornecendo aos membros do cartel incentivos suficientes para dissuadi-los da prática e, ao mesmo tempo, provendo uma indenização capaz de compensar os prejuízos causados aos consumidores (FRANCK, 2015).

Por todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento da legitimidade do indivíduo que alega danos em razão de *umbrella effects* representa um movimento na direção da concretização tanto do objetivo de compensação quanto do objetivo de dissuasão e, portanto, tais demandas devem ser analisadas na jurisdição brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLAIR, Roger D.; MAURER, Virginia G. Umbrella pricing and antitrust standing: an economic analysis. **Utah Law Review**, n. 4, 1982, pp. 763-796. Disponível em: <http://utah-primoprod.hosted.exlibrisgroup.com/primo_library/libweb/action/dlDisplay.do?vid=MWDL&afterPDS=true&docId=digcoll_uuu_11utlawrev/360>. Acesso em 18 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.378.705-SC (2013/0092262-3). Relator: Ministra Eliana Calmon. Publicado no DJe de 14 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31475299&num_registro=201300922623&data=20131014&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 14 jun. 2017

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 2000.39.00.012452-2/PA (200039000124522). Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado no e-DJF1 de 24 mai. 2013. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200039000124522&pA=200039000124522&pN=123993620004013900>>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 2000.37.00.001960-3. Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira Publicado no e-DJF1 de 17 set. 2013. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2000.37.00.001960-3&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 17 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo nº 3088320 PE (0012660-05.2005.8.17.0001). Relator: Antenor Cardoso Soares Junior. Publicado no DJ de 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=468407&tipoJuris=1141&orig=FISICO>>. Acesso em 20 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0021071-51.2015.5.04.0663. Relator: Raul Zoratto Sanvicente. Disponível em:

<http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:hfwMZcc-JGkJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7863376%26v%3D15726752++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2016-06-15..2017-06-15++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ação de reparação de danos morais nº 2015.01.1.093750-6 (0022738-34.2015.8.07.0018). Relator: Flavio Rostirola. Publicado no DJE de 22 fev. 2017. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20150110937506>>. Acesso 14 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (6ª Região). Recurso Ordinário nº 0000993-40.2015.5.06.0191. Relatora: Desembargadora Maria das Graças de Arruda França. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=5423405&tipoProcesso=eletronico>>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 721789-RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicado no DJe-078 de 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4329047>>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0068400-79.2005.5.04.0026. Relator: João Batista de Matos Danda. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:FfMdtGZOR1EJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D48909818++++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70057037178 RS. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Publicado no DJ de 29 nov. 2013. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70057037178&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 14 jun. 2017.

CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 1, Maio 2013, pp. 71-104. Disponível em:<<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/47>>. Acesso 01 jun. 2017.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira G. 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.

CRANE, Daniel A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. **Vanderbilt Law Review**, Vol. 63:3:675, 2010, pp. 675-723. Disponível em:<<http://vanderbiltlawreview.org/articles/2010/05/Crane-Optimizing-Private-Antitrust-Enforcement-63-Vand.-L.-Rev.-675-2010.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA ("EUA"). U.S. District Court for the District of Hawaii. **State of Washington v. American Pipe & Construction Co.**, 280 F. Supp. 802, decisão em 10 de janeiro de 1968 (1968a). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/280/802/1607650/>>. Acesso em 08 mai. 2017.

_____.U.S. Supreme Court. **Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.**, 392 U.S. 481, decisão de 17 de junho de 1968 (1968b). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/481/case.html>>. Acesso em 18 mai. 2017.

_____. U.S. Supreme Court. **Illinois Brick Co. v. Illinois**, 431 U.S. 720 (1977), decisão de 09 de junho de 1977. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/>>. Acesso em 08 mai. 2017.

_____. U.S. Court of Appeals for the Third Circuit. **Mid-west Paper Products Company v. Continental Group, Inc.**, 596 F.2d 573, decisão de 26 de março de 1979 (1979a). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/596/573/447199/>>. Acesso 08 mai. 2017.

_____. U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit. **In re Beef Industry Antitrust Litigation**, 600 F.2d 1148, decisão de 17 de agosto de 1979 (1979b). Disponível em: <<http://openjurist.org/600/f2d/1148/beef-v-great>>. Acesso em 08 mai. 2017.

_____. U.S. District Court for the Central District of California. **In Re Coordinated Pretrial Proceedings**, 497 F. Supp. 218, decisão de 26 de agosto de 1980 (1980a). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/497/218/1613856/>>. Acesso em 08 mai. 2017.

_____. U.S. District Court for the Northern District of Illinois. **In Re Folding Carton Antitrust Litigation**, 88 F.R.D. 211 (1980b). Disponível em: <<https://casetext.com/case/in-re-folding-carton-antitrust-litigation>>. Acesso em 09 mai. 2017.

_____. U.S. District Court for the Western District of Washington. **In Re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust**, 530 F. Supp. 36 (1981), decisão de 20 de outubro de 1981. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/530/36/1370033/>>. Acesso em 09 mai. 2017.

_____. U.S. District Court for the District of Columbia. **FTC v. Mylan Laboratories, Inc.**, 62 F. Supp. 2d 25 (1999), decisão de 07 de julho de 1999. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/62/25/2410349/>>. Acesso em 09 mai. 2017.

_____. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit. **Loeb v. Sumitomo**, 306 F.3d 469 (2002), decisão de 20 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/306/469/642319/>>. Acesso em 09 mai. 2017.

_____. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit. **United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.**, 350 F.3d 623 (2003), decisão de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/350/623/625807/>>. Acesso em 09 mai. 2017.

FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-091926/pt-br.php>>. Acesso em 30 mai. 2017.

FRANCK, Jens-Uwe. **Umbrella Pricing and Cartel Damages Under EU Competition Law**. EUI Working Papers LAW 2015/18, 2015. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/35578>>. Acesso em 18 abr. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank and SCHWALBE, Ulrich. Umbrella Effects. **Journal of Competition Law and Economics**, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297399>. Acesso em 08 abr. 2017.

JASPER, Eric Hadmann, **Cartel Damages Litigation in Brazil: A Brief Introduction**, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2589368> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589368>>. Acesso em 27 mai. 2017.

KEYTE, James A.; ECKLES, Paul; HOFFMAN LENT, Karen; RIDER, Tiffany; PATEL, Anjali B. Getting the deal through, Private antitrust litigation: United States. **Law Business Research**, 2016, pp. 157-162. Disponível em: <https://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Private_Antitrust_Litigation_United_States.pdf>. Acesso em 16 abr. 2017.

LANDE, Robert H. Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?. **University of Baltimore School of Law, 54 Ohio St. L.J. 115**, 1993, pp. 115-174. Disponível em: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=all_fac>. Acesso em 28 abr. 2017.

LAVE, Jonathan M. Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims. **Antitrust Bulletin 48.1**, 2003, pp. 223-270. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/antibull48&div=12&start_page=223&collection=journals&set_as_cursor=16&men_tab=srchresults#>. Acesso em 02 mai. 2017.

LAVORATO, Vinícius Uler. **Enforcement privado do direito antitruste: algumas considerações processuais**, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2827128>. Acesso em 14 mai. 2017

LAVORATO, Vinícius Uler. A responsabilidade civil concorrencial e a quantificação dos danos: alguns apontamentos introdutórios. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 1, 2017, pp. 106-124. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64721>>. Acesso em 27 mai. 2017.

HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise: principle and execution. Cambridge, MA: **Harvard University Press**, 2008. Disponível em: <<http://libgen.me/view.php?id=547698>>. Acesso em 14 abr. 2017.

HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. **Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach**. CCP Working Paper 13-5, 2013. Disponível em: <<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/en.php>>. Acesso em 30 mai. 2017.

MAIER-RIGAUD, Frank P.; SCHWALBE, Ulrich. **Quantification of Antitrust Damages**. in: David Ashton and David Henry, *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, Edward Elgar, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227627>. Acesso em 13 jun. 2017.

MAIER-RIGAUD, Frank. Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations. **The Journal of European Competition Law and Practice**, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2400946>. Acesso em 09 abr. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MONTI, Giorgio. Umbrella Pricing as a Sword. **Maastricht Journal of European and Comparative Law** 21.3, 2014, pp. 464-475. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/maastje21&div=32&start_page=464&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults>. Acesso em 02 mai. 2017

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (“OCDE”). **Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement**, 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en)>. Acesso em 24 abr. 2017.

_____. **Hard Core Cartels**, 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em 31 mai. 2017.

PAGE, William H. The Scope of Liability for Antitrust Violations. **Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics** 25.2, 1995. pp. 547-616. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jrepale25&div=19&start_page=547&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em 30 abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **Practical Guide, 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**, 2013. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Summaries of EU legislation: the reference for a preliminary ruling** (2014a). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:114552>>. Acesso em 18 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others**, processos apensos C-295/04 to C-298/04, acórdão de 13 de Julho de 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0295>>. Acesso em 10 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG.**, processo C-557/12, acórdão de 5 de junho de 2014 (2014b). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0557>>. Acesso em 10 mai. 2017.

WILS, Wouter P.J. Private enforcement of EU antitrust law and its relationship with public enforcement: past, present and future. **World Competition**, Volume 40, Issue 1, 2017, pp. 3-46. Disponível em: <<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>>. Acesso em 01 mai. 2017.