



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THALES DE MELO E LEMOS

**A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS NO BRASIL:
FUNDAMENTOS, EVOLUÇÃO E DESAFIOS**

Brasília, 2017.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS NO BRASIL:
FUNDAMENTOS, EVOLUÇÃO E DESAFIOS**

Autor: Thales de Melo e Lemos

Orientador: Paulo Burnier da Silveira

Monografia final de conclusão do curso de graduação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira.

Brasília, 2017.

FOLHA DE APROVAÇÃO

A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS NO BRASIL: FUNDAMENTOS, EVOLUÇÃO E DESAFIOS

Autor: Thales de Melo e Lemos

Matrícula: 12/0022991

Orientador: Paulo Burnier da Silveira

Aprovada em: 26/06/2017

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Orientador

Prof. Me. Eric Hadmann Jasper

Avaliador

Dra. Noemy Cabeleira de Araújo Monteiro de
Castro Melo

Avaliadora

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, que me apoiou e me colocou no caminho da educação desde a minha infância. Em especial, agradeço à minha mãe, Eugênia, com quem aprendi o valor do trabalho duro e da dedicação.

Em segundo lugar, agradeço ao Professor Paulo Burnier, cujas aulas de Direito Civil foram marcantes na minha trajetória acadêmica, por aceitar orientar a presente monografia e pela incomparável acessibilidade a seus alunos.

Agradeço à Noemy pela paciência e atenção nas sucessivas leituras e revisões, com comentários que foram essenciais para desenvolvimento do presente estudo.

Agradeço também ao Professor Eric pela disponibilidade e pela estimada contribuição na avaliação do trabalho.

Luciano, Ricardo e Joyce: obrigado por acreditarem no meu potencial e por fortalecerem em mim o interesse pelo Direito da Concorrência.

Carol, obrigado pela amizade, companheirismo e por todos os desafios que enfrentamos juntos durante o curso.

Por fim, agradeço à Beatriz pela compreensão e por todo o suporte e carinho que me fazem buscar ser melhor a cada dia.

“I may not be as strong as I think’, the old man said. ‘But I know many tricks and I have resolution’”.

- Ernest Hemingway (The Old Man and the Sea),
1951.

RESUMO

Este estudo analisa a reparação civil dos danos causados por cartéis no Brasil. Para tanto, apresenta-se o atual panorama do combate a este tipo de infração contra a ordem econômica no país, ressaltando-se as diferenças entre a esfera cível e as esferas criminal e administrativa. Na sequência, aponta-se a importância do instituto da reparação civil como medida dissuasória e são analisados os seus fundamentos, em especial os que dizem respeito à configuração da responsabilidade civil, à legitimidade para propositura das ações, ao prazo prescricional, à competência para julgamento, à quantificação dos danos e ao ônus da prova. Depois, se procede a um estudo de direito comparado em relação aos Estados Unidos e à União Europeia. Por fim, são apresentados os principais desafios e expectativas para o tema nos próximos anos, incluindo propostas normativas e considerações sobre métodos consensuais de solução de conflitos. Conclui-se que a reparação civil dos danos causados por cartéis no Brasil ainda enfrenta elevadas barreiras, principalmente no que se refere à indefinição do prazo prescricional e à dificuldade na quantificação dos danos. No entanto, espera-se ter contribuído para o estudo do tema com uma visão prática e objetiva, incentivando-se a busca por tornar o mecanismo mais eficaz no Brasil.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil; Reparação Civil; Concorrência; CADE; Cartel; Legitimidade; Prescrição; Quantificação dos danos; Indenização; Ônus da prova; Direito Comparado.

ABSTRACT

This study analyzes damage claims related to damages caused by cartels in Brazil. With this objective, the study presents the actual panorama of the fight against this infraction against the economic order in the country, highlighting the differences between the civil sphere and the criminal and administrative spheres. In the sequence, the study points the importance of the institute of damage claims as a deterrent measure and analyzes its foundations, in special those related to the configuration of civil liability, to the legitimacy for proposal of actions, to the limitation period, to the competency for judgement, to the quantification of damages and to the burden of proof. In addition, the study proceeds to an analysis of comparative Law in relation to the United States and the European Union. In the end, the study presents the main challenges and expectations for the topic in the following years, including normative proposals and considerations about consensual dispute resolutions. The study concludes that damage claims related to damages caused by cartels in Brazil still face high barriers, especially in what refers to uncertainty of the limitation period and difficulty in the estimation of damages. Notwithstanding that, the study hopes to contribute with a practical and objective vision of the matter, encouraging the search to make this mechanism more efficient in Brazil.

Keywords: Civil liability; Private antitrust damages; Damage claims; Competition; CADE; Cartel; Legitimacy; Limitation period; Quantification of damages; Compensation; Burden of proof; Comparative Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: PANORAMA DO COMBATE AOS CARTÉIS NO BRASIL	11
1.1. Evoluções trazidas pela Lei nº 12.529/2011	12
1.2. A repressão administrativa, criminal e civil	15
1.3. A importância da responsabilidade civil como medida dissuasória	17
CAPÍTULO 2: OS FUNDAMENTOS DA REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS	20
2.1. Legitimidade ativa e passiva	21
2.2. A caracterização da responsabilidade	23
2.2.1. Ato Ilícito	25
2.2.2. Dano	26
2.2.3. Nexo Causal	30
2.3. A definição do prazo prescricional	33
2.4. A definição da competência	38
2.5. A quantificação do dano	39
2.6. A prova e seu ônus	44
CAPÍTULO 3: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL COM A REPARAÇÃO CIVIL CONCORRENCIAL	49
3.1. A Reparação Concorrencial nos EUA	49
3.2. A Reparação Concorrencial na União Europeia	53
CAPÍTULO 4: DESAFIOS E EXPECTATIVAS PARA A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS	58
5.1. O equilíbrio entre a reparação civil e demais mecanismos de defesa da concorrência ..	58
5.2. Propostas normativas para incentivar e facilitar a Reparação Civil	62
5.3. Soluções consensuais e Arbitragem	65
CONCLUSÃO	68

INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência no Brasil evoluiu vertiginosamente nas últimas duas décadas. Desde a edição da Lei nº 8.884/1994, cresceu e se consolidou a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que passou a interferir ativamente nas fusões e aquisições realizadas no Brasil, bem como na repressão às condutas anticoncorrenciais, dentre as quais o principal exemplo é o cartel. Um marco importante desta evolução foi a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, que reformulou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, garantindo maior celeridade na análise das operações econômicas e permitindo o foco no chamado “controle de condutas”, aquele que visa coibir as infrações contra a ordem econômica.

Seguindo esta tendência de evolução, a reparação civil dos danos causados por cartéis é tema que gera muito interesse para a sociedade e para os consumidores, para todos os estudiosos da área e para as autoridades que tem como objetivo a defesa da concorrência. Por meio deste instituto, os particulares afetados pelo cartel, assim como entidades legitimadas para a defesa coletiva, buscam a condenação dos infratores também no âmbito privado. Desta forma, soma-se à persecução pública mais uma forma de dissuasão: o chamado “*private enforcement*”.

Em geral, o que tem motivado a produção de textos sobre este assunto é que, apesar da sua previsão em nosso ordenamento jurídico, a sua utilização ainda é incipiente no Brasil. Em especial, as pesquisas já realizadas no país tendem a estar direcionadas ou para o efeito dissuasório da reparação civil ou para a harmonização do instituto com as demais medidas antitruste previstas na legislação.

Como o próprio título desta tese indica, neste trabalho se buscará aprofundar e esclarecer os diversos pontos relevantes para a propositura de uma ação de reparação civil por danos causados por cartéis no Brasil, enfrentando as principais dúvidas e controvérsias que surgem neste caminho. Espera-se, assim, trazer um elemento prático aos estudos predominantemente teóricos ou de mera advocacia da concorrência que já existem. Evidentemente, em prol da completude do trabalho, os demais tópicos, ou seja, o efeito dissuasório e a harmonização do instituto, também serão brevemente analisados.

Portanto, a questão que se busca responder é se as ações de reparação concorrenciais têm campo fértil para propositura no Brasil, a partir da análise de seus fundamentos, e qual o motivo da sua ainda rara utilização. Neste sentido, a propositura de ações de reparação civil concorrenciais está sujeita a dificuldades práticas que deverão ser melhor investigadas, tais como (i) o cálculo dos danos sofridos e (ii) a forma de sua comprovação, (iii) a dificuldade de

obtenção de documentos, (iv) o foro competente, (iv) a indefinição do prazo prescricional, dentre outros. É neste aspecto que se insere a originalidade do presente trabalho, uma vez que se dedica a analisar mais a fundo, sob a perspectiva dos particulares, cada controvérsia, barreira e vantagem esperada ao se levar ao judiciário uma demanda como esta.

Uma vez que os cartéis são amplamente reconhecidos como as infrações mais graves à ordem econômica, e que tendem a gerar os prejuízos mais vultuosos aos particulares atingidos, o trabalho se limitará a identificar as particularidades das ações de reparação civil que tenham como objeto recuperar os prejuízos sofridos com um cartel.

Para tanto se buscará, no Capítulo 1, apresentar um panorama geral do combate aos cartéis no Brasil, visando contextualizar a atual relevância das ações de reparação e diferenciar a repressão civil da repressão administrativa e penal. Com esta bagagem, é possível realizar uma análise da sua base legal e doutrinária, apresentando-se os principais pontos de incerteza e controvérsia, o que se faz no Capítulo 2.

Passa-se então, no Capítulo 3, ao estudo da experiência internacional, uma vez que o direito comparado fornece, neste caso, importantes lições. Optou-se por analisar a atual situação da reparação civil concorrencial nos Estados Unidos, onde a prática já é consolidada, e na União Europeia, onde, assim como em nosso país, a matéria tem recebido grande atenção recentemente e encontra-se em desenvolvimento.

Na sequência, busca-se apresentar os principais desafios e expectativas sobre a matéria, como por exemplo a questão da harmonização entre a reparação civil e as demais frentes de defesa da concorrência e a possibilidade de utilização da arbitragem, temas que serão tratados no Capítulo 4. É importante ressaltar que o avanço da interação entre o CADE, o Ministério Público e os particulares é de suma importância para permitir o correto funcionamento das instituições de defesa da concorrência no país, especialmente levando-se em consideração a busca por tornar os mecanismos de “delação” - como o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação, mais atrativos. Neste sentido, o presente trabalho, enquanto defende o avanço das ações de reparação no Brasil, não pode se furtar a analisar este equilíbrio, tópico que inclusive tem recebido bastante atenção nos últimos meses.

Ao fim do trabalho, espera-se ter construído um panorama amplo, mas ao mesmo tempo focado e específico, sobre a situação da reparação civil no Brasil, com isso contribuindo para a sua maior utilização no país. Para começar, passa-se a contextualizar o combate aos cartéis no Brasil e a tratar das diferenças entre a repressão nas várias esferas.

CAPÍTULO 1: PANORAMA DO COMBATE AOS CARTÉIS NO BRASIL

Descrever o atual cenário do combate aos cartéis no Brasil é necessário para contextualizar o avanço das ações de reparação civil por danos concorrenciais no judiciário. Um marco importante nessa repressão, no país, foi a inclusão em nosso ordenamento do Acordo de Leniência, por meio da Medida Provisória nº 2.055-4/2000. A primeira utilização desta espécie de “delação premiada” no âmbito da repressão administrativa antitruste foi em 2003, resultando na condenação do chamado “Cartel dos Vigilantes”¹, com aplicação de multas superiores a R\$ 40 milhões e na abertura de processos criminais contra as pessoas físicas. Neste mesmo ano, o Brasil estabeleceu como prioridade o combate aos cartéis.²

Este foco não é injustificado. Como reconhecido pelas autoridades brasileiras, o cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência. Trata-se de um acordo entre concorrentes, seja ele tácito ou explícito, para fixar preços, restringir ou controlar a oferta, dividir mercados e clientes. A intenção dos membros do conluio, em regra, é elevar suas margens de lucros para patamares semelhantes aos que obteriam em um cenário de monopólio. Em consequência, geram significativos prejuízos aos consumidores e à sociedade, tornando produtos e serviços mais caros ou escassos, gerando desincentivos à inovação e retirando as empresas mais eficientes do mercado, causando danos ao bem-estar do consumidor e, no longo prazo, à própria economia.³ Em 2002, a OCDE estimou que os cartéis geram um aumento de 10 a 20% em relação aos preços em um mercado competitivo, causando danos anuais na casa dos milhões.⁴

Algumas características ou condições de mercado facilitam a formação de cartel, ao conferirem maior estabilidade ao acordo. Podem ser citadas nesta categoria: (i) a elevada concentração do mercado; (ii) a existência de barreiras à entrada; (iii) transparência de preços; (iv) interação entre vários mercados – relação vertical; (v) homogeneidade dos produtos; (vi) baixa elasticidade da demanda; (vii) simetria de custos entre os concorrentes; dentre outros. De modo geral, sempre que os participantes do cartel puderem identificar descumprimentos ao acordo e puni-los (por exemplo, baixando seus preços de forma a prejudicar o traidor), houver poucas empresas no mercado (facilitando o entendimento entre os concorrentes e diminuindo custos de monitoramento), ou os *players* atuantes no mercado possuírem estruturas de custos

¹ PA nº 08012.001826/2003-10, julgado em 21/09/2007.

² Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis na revenda de combustíveis**. 1ª ed., 2009.

³ Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3ª ed., 2009.

⁴ OECD. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws**. 2002.

muito semelhantes, existirão condições favoráveis para o surgimento de acordos ilícitos entre concorrentes.⁵

Felizmente, os cartéis são normalmente instáveis, uma vez que criam para os participantes uma possibilidade real de lucro a curto prazo, caso ofertem preços inferiores aos acordados e busquem absorver a demanda perdida. Esta instabilidade também é criada pela possibilidade de delação do ilícito às autoridades (CADE ou Ministério Público) por um dos membros do cartel (através de um Acordo de Leniência). Desta forma, a estratégia de combate aos cartéis utiliza a própria tendência de traição existente neste tipo de conluio.

O histórico do combate aos cartéis no Brasil passa necessariamente pela análise da atuação do CADE, uma vez que, conforme mencionado, prevalece no país a repressão pública. Dito isso, busca-se demonstrar como a Lei nº 12.529/2011, ao permitir o foco no chamado “controle de condutas”, deu destaque totalmente novo ao combate aos cartéis, aumentando o número de casos julgados e condenações, reforçando as expectativas quanto às ações privadas.

1.1. Evoluções trazidas pela Lei nº 12.529/2011

Quando de sua criação, pela Lei nº 4.137/62, competia ao CADE apenas a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas. Portanto, apenas a partir da edição da Lei nº 8.884/1994, que o transformou em autarquia, é que o Conselho começou a atuar ativamente na defesa da livre concorrência no Brasil. Infelizmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se viu inicialmente sobrecarregado pela análise de operações econômicas no mercado (como fusões, aquisições e *joint ventures*).

Isto se deveu a alguns fatores, que serão brevemente analisados. Naquele momento, competia à Secretaria de Direito Econômico (SDE) e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) instruir todos os processos e emitir pareceres não vinculativos, para posterior julgamento pelo Tribunal do CADE. Esta organização, apesar de todos os avanços trazidos, não era a mais eficiente, uma vez que criava gargalos na análise e em todo caso dependia da avaliação final pelo plenário. Além disso, os critérios de notificação estabelecidos na Lei nº 8.884/94 eram muito mais amplos, dando ensejo à notificação de muitas operações sem impacto concorrencial relevante.⁶ Por fim, a análise dos atos de concentração se dava a

⁵ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 30-34.

⁶ A Lei nº 8.884/94 exigia a notificação de operações que implicassem em “participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante”, ou em que qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no ano anterior equivalente a R\$ 400 milhões (Art. 34, §3º, da Lei revogada).

posteriori, ou seja, as operações eram consumadas e só então submetidas. Na prática, isto muitas vezes resultava na judicialização das decisões do CADE que resultassem em restrições ou na reprovação de operações, gerando enorme dispêndio de tempo e recursos para a autoridade.

A Lei nº 12.529/2011 (a “Lei de Defesa da Concorrência” no Brasil), visando corrigir estes problemas, e na linha das melhores práticas internacionais,⁷ instituiu o sistema de notificação prévia, “*a priori*”, no qual as Requerentes só podem consumir as operações após a aprovação da autoridade antitruste. Quanto aos critérios de notificação, o de participação de mercado foi excluído e foram elevados os critérios de faturamento, a serem preenchidos pelos grupos econômicos envolvidos nos dois lados do negócio. Como resultado, o número de atos de concentração notificados ao CADE caiu de forma expressiva.⁸ Por fim, a Lei nº 12.529/2011 simplificou os procedimentos e retirou do Tribunal a análise dos atos de concentração mais simples. Para isto, a Superintendência-Geral, órgão criado pelo novo diploma, passou a ficar responsável pela análise e julgamento dos Atos de Concentração Sumários,⁹ além de instruir e emitir pareceres não vinculativos nos processos administrativos.

Em decorrência disso, o grande estoque de casos aguardando julgamento, especialmente os Processos Administrativos (uma vez que as operações de concentração estavam sujeitas a prazos mais exíguos), vem diminuindo nos últimos cinco anos. Neste sentido, dados do CADE indicam um aumento relevante no número de julgamentos e de condenações de condutas anticompetitivas. A título de comparação, enquanto em 2010, 2011 e 2012 foram julgados 48 processos administrativos, com apenas 7 condenações, de 2013 a 2016 houve 176 julgamentos, com 119 condenações – portanto, um crescimento percentual no número de condenações de 14,58% para 66,85%.¹⁰ Desde o ano 2000, o CADE já aplicou multas que totalizaram R\$ 7,3 bilhões, mas cerca de 60% deste valor (R\$ 4,3 bilhões) diz respeito a multas aplicadas após a

⁷ Por exemplo, a notificação “*a priori*” já era utilizada na União Europeia e nos Estados Unidos. O Brasil, até a mudança legislativa, era um dos três países no mundo que ainda adotava o sistema de notificação posterior à consumação. (MARTINS, Amanda Athayde Linhares. **Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Ano 19, volume 22, 2012. p. 60)

⁸ De acordo com dados do CADE, foram 691 notificações em 2010, 684 em 2011, 626 em 2012 e apenas 380 em 2013, primeiro ano completo sob a vigência da Lei nº 12.529/2011. Esta tendência de diminuição se manteve nos anos seguintes. (CADE. **Balanco de 2016**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>).

⁹ Conforme a Resolução nº 02/2012 do CADE, o procedimento Sumário será aplicado aos casos que “*em virtude da simplicidade das operações, tenham menor potencial ofensivo à concorrência*”. Como exemplo, podem ser citados casos de substituição de agente econômico e sobreposição horizontal em um mercado com participação conjunta das partes inferior a 20%.

¹⁰ CADE. **Balanco de 2016**. *Op. Cit.*

entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.¹¹ Os casos de cartel tendem a ensejar a aplicação das maiores multas, devido à sua gravidade. Nos últimos cinco anos, merecem destaque as aplicações de multas totais no valor de R\$ 3,1 bilhões, no caso de cartel entre cimenteiras¹², de R\$ 292,8 milhões no caso do cartel de transporte aéreo de carga¹³, e de R\$ 147,8 milhões no caso do cartel de Peróxidos de Hidrogênio¹⁴.

O número de Acordos de Leniência também aumentou relevantemente. Se desde 2000, quando foi estabelecido em âmbito antitruste no Brasil, até 2011, foram celebrados apenas 23, de 2012 até 2016 o número atingiu 37, sem incluir aditivos e a chamada “leniência *plus*”, atingindo o recorde de 11 acordos no mesmo ano em 2016.¹⁵ A evolução mais notável, no entanto, foi no número de requisições de Termos de Compromisso de Cessação.¹⁶ Se entre 2010 e 2012 foram 19 propostas, entre 2013 e 2016 este número chegou a 206. Tudo isto para demonstrar, brevemente, que a política de repressão aos cartéis tem dado resultados, ao menos no que se refere à persecução pública. Esta tende a ser a tendência também para os próximos anos, podendo-se destacar o aumento na cooperação entre o CADE e o Ministério Público e investigações de grande porte em andamento, como é o caso da Operação Lava-Jato.

Mesmo que atualmente o número de ações de reparação civil por danos concorrenciais ainda seja pequeno, é certo que o foco na prevenção e repressão dos cartéis, tanto na seara administrativa quanto penal, tem reflexos neste instituto, cuja tendência é a de também crescer nos próximos anos.¹⁷

¹¹ NETO, Lauro Celidonio; MACHADO, Michelle; DONAS, Frederico. **Five-years of anti-cartel enforcement under the new Brazilian Antitrust Law: how changes in the competition regulatory framework balanced the decision matrix in favor of cooperative solutions.** Em: *Brazilian Antitrust Law (Law nº 12,529/211): 5 years.* IBRAC, 2017.

¹² Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado em 28/05/2014.

¹³ Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, julgado em 28/08/2013.

¹⁴ Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, julgado em 09/05/2012.

¹⁵ CADE. **Balanco de 2016.** *Op. Cit.*

¹⁶ O TCC pode ser proposto por empresas ou pessoas físicas investigadas pela prática de infrações contra a ordem econômica em busca de benefícios como a redução da multa esperada ou o arquivamento do Processo Administrativo. A aceitação da proposta se dá por critérios de conveniência e oportunidade, analisados pelo Tribunal do CADE, bem como pelo preenchimento de alguns requisitos objetivos (como a cessação da prática ou da participação na conduta, a imposição de multa por descumprimento e o pagamento de uma contribuição pecuniária – este último somente nos casos de cartel). A contribuição pecuniária obtida e TCCs se tornou o principal meio de arrecadação do CADE ao Fundo de Direitos Difusos – FDD. Em 2016, as contribuições pecuniárias representaram mais de 90% da arrecadação do CADE ao FDD, enquanto o pagamento voluntário de multas foi inferior a 3%. O valor da arrecadação tem subido expressivamente. A título de comparação, em 2010 o valor foi de aproximadamente R\$ 25 milhões, enquanto em 2016 o valor chegou a R\$ 700 milhões. (CADE. **Balanco de 2016.** *Op. Cit.*).

¹⁷ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel.** São Paulo: Singular, 2016. p. 19.

1.2. A repressão administrativa, criminal e civil

A Lei de Defesa da Concorrência define infração contra a ordem econômica como os atos que, “independente de culpa”, tenham por objeto ou possam produzir como efeitos: (i) limitação, falseamento ou prejuízo, de qualquer forma, à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumento arbitrário de lucros; e (iv) abuso de posição dominante; ainda que tais efeitos não sejam efetivamente alcançados.¹⁸

Dentre os exemplos de infração da ordem econômica previstos no mesmo diploma legal consta o cartel, que é assim definido: acordo, combinação, manipulação ou ajuste, entre concorrentes, a respeito de preços, volume de oferta, divisão de mercados, clientes e fornecedores, ou formas de participação em licitações públicas.

Aqueles que sejam considerados responsáveis por estas infrações estão sujeitos a penas pecuniárias e não-pecuniárias. O CADE tem trabalhado com multas correspondentes a valores entre 12 e 20% do faturamento das empresas envolvidas, ao menos nos casos de cartéis clássicos (*hardcore*). Não obstante, o artigo 38 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que a multa não poderá ser menor que a vantagem auferida, quando for possível estima-la. Na prática, o tema é considerado controverso e não vem sendo utilizado pela maioria dos Conselheiros.¹⁹ Dentre as outras penalidades previstas, sobre às quais não cabe a este trabalho se prolongar, podem ser mencionadas a publicação da decisão condenatória em jornal, às custas dos condenados, a proibição de contratar com a administração pública por no mínimo cinco anos, a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a cisão compulsória da sociedade e, para as pessoas físicas, a proibição de exercer o comércio.

Em âmbito penal, o cartel é previsto como crime contra a ordem econômica, pela Lei nº 8.137/1990, que prevê penas de dois a cinco anos, e multa, para o indivíduo que (i) abusar do poder econômico, mediante qualquer forma de ajuste entre empresas, dominando o mercado ou

¹⁸ Art. 36 da Lei nº 12.529/2011.

¹⁹ Em que pese a tentativa de alguns Conselheiros de calcular o sobrepreço e estimar a vantagem auferida, prevalece na jurisprudência do CADE o entendimento de que não existem dados ou recursos suficientes para tanto. Como referência, destaca-se o voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos no Requerimento nº 08700.005258/2016-92 (julgado em 19/04/2017): “*é importante lembrar também que os modelos para o cálculo de vantagem auferida apresentam desafios prementes, entre os quais a definição de dados e de premissas e as inferências dos resultados. Nem os próprios defensores desse paradigma concordam em estatuir qual seria um modelo ideal aplicável, tampouco em critérios firmes para se estabelecer um contrafactual inquestionável*”. E, ainda: “*Outro ponto que merece destaque é a corriqueira ausência de análise qualitativa dos dados e dos resultados das estimativas engessadas pela vantagem auferida, já que um bom conhecimento do setor é relevante para a estruturação de uma estimativa crível, rastreável, repetível e juridicamente segura. A dissuasão desejada deve levar em conta a perspectiva de multa, a aplicação da multa em tempo razoável, as peculiaridades de cada mercado e a probabilidade de detecção e condenação pela autoridade investigadora*”.

eliminando, ainda que parcialmente, a concorrência; ou (ii) formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes para fixar artificialmente os preços ou quantidades ofertadas ou produzidas, controlar um mercado ou controlar as redes de distribuição ou de fornecedores.

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) também prevê pena de detenção, de dois a quatro anos, e multa, aos que frustrem ou fraudem, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório. A multa corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível, em que pese o limite de até 5% do valor do contrato. A lei também prevê que a arrecadação da multa reverterá à Fazenda Pública.

Na esfera penal também se verificaram avanços significativos nos últimos anos, principalmente em decorrência da atuação mais efetiva do Ministério Público e da Polícia Federal na repressão aos cartéis, por exemplo através da criação de unidades especializadas e celebração de acordos com o CADE.²⁰ Em decorrência disso, cresceu o número de ações penais desta natureza.²¹

Cabe ressaltar que a persecução penal atinge apenas as pessoas físicas e exige a comprovação do dolo, ao passo que a persecução administrativa atinge tanto as empresas quanto seus funcionários e administradores, e exige a comprovação de culpa apenas para os últimos.

Contudo, como se percebe, tais penalidades, sejam elas administrativas ou penais, não têm o condão de ressarcir os particulares pelos danos sofridos com o cartel, por exemplo, devido à aquisição de produtos com sobrepreço ou com piores condições de pagamento.

O CADE, conforme já muitas vezes ressaltado em sua jurisprudência, não tem interesse nas lides de repercussão meramente privada, uma vez que as condutas por ele analisadas devem ter tido impactos na sociedade e afetado direitos coletivos.²² A doutrina também reforça que o objeto principal de proteção das normas de direito da concorrência é a própria concorrência, e não os concorrentes²³. Tanto é assim, que o CADE, em sua atuação repressiva, leva em

²⁰ MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. **Anti-cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends**. Em: *Overview of competition Law in Brazil*. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 266.

²¹ CASELTA, *Op. Cit.* p. 19.

²² Conforme Ofício nº 1037/2017/CADE: “*percebe-se que os fatos trazidos ao conhecimento deste CADE estão relacionados a relações privadas entre partes, o que significa que, embora as ações praticadas pelo CONTER e CRTRs possam ter impactado sobre a atividade econômica das empresas associadas à representante e, possivelmente, a saúde financeira de tais empresas, tal fato não constitui, per se, uma infração da ordem econômica, visto não ter o poder de causar impacto concorrencial no mercado*” (Procedimento Preparatório nº 08700.001196/2017-21). Também neste sentido: Procedimento Preparatório nº 08700.009152/2015-87; Processo Administrativo nº 08000.025401/1995-18; Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17.

²³ “*O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma legal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres [...]. A garantia de efetiva concorrência*

consideração os efeitos potenciais no mercado, conforme já analisado na definição de cartel, e usualmente não se preocupa de forma demasiada com a mensuração e quantificação dos danos causados pelo ofensor. A intenção primordial é apenas punir os infratores e garantir o retorno da concorrência efetiva no mercado. A intenção punitiva também vige na seara criminal, onde se pode punir apenas as pessoas físicas envolvidas. Fica claro, portanto, que a busca por compensação deve ser endereçada diretamente por meio de ações privadas, sejam elas capitaneadas por particulares ou por entidades legitimadas para defesa coletiva.

Importante mencionar que, no Brasil, as vítimas podem ir ao judiciário mesmo se o CADE decidir que uma violação não ocorreu, uma vez que não estão sujeitas ao seu julgamento e os juízes podem ter outra visão em relação à conduta.²⁴ Apesar disso, deve ser reconhecido que a decisão do CADE terá peso considerável, sendo a autoridade mais competente no país para julgar infrações contra a ordem econômica.²⁵ De fato, conforme cresce a experiência e a maturidade do Conselho, há uma tendência cada vez maior de confirmação das suas decisões pelo judiciário.²⁶

1.3. A importância da responsabilidade civil como medida dissuasória

A responsabilidade civil tem duas funções principais: a primeira delas é a de ressarcir os prejudicados pelos danos sofridos; a segunda é a de prevenir o cometimento de novos ilícitos da mesma natureza, ao criar um risco para os infratores de terem que pagar indenização.

Neste sentido, é amplamente reconhecido o potencial das ações de reparação civil por danos causados por cartéis para reforçar a legislação de defesa da concorrência, conforme se percebe no Relatório da OCDE acerca do tema.²⁷ Em outras palavras, aqueles que resolvem

(e não de mercado) é, portanto, o valor central do direito concorrencial”. SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48-49.

²⁴ Esta interpretação decorre do próprio texto da Constituição Federal, quando determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

²⁵ MAGALHÃES, Carlos Francisco de; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Nicolás. **Private Antitrust Damages**. Em: *Overview of Competition Law in Brazil* / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015, capítulo XVI, p. 397.

²⁶ Dados do CADE indicam uma média de êxito da autarquia no judiciário de 70%. Em 2016 foram propostas 143 ações contra o CADE. (CADE. **Balanço de 2016**. *Op. cit.*).

²⁷ “Throughout the four roundtables, it was widely acknowledged that private antitrust enforcement can be an important complement to public enforcement that can improve the effectiveness of a competition regime. Participants pointed out that private enforcement could strengthen deterrence and compliance, for example by increasing the likelihood that anticompetitive conduct will be detected and will not be profitable. Private enforcement also can contribute to the development of better competition culture and greater awareness of competition laws. In addition, by ensuring that victims of anti-competitive conduct receive compensation, private enforcement can connect competition laws with consumers, a goal which has become a priority for many competition authorities. (OECD (2011), “Private remedies”, OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 11/2. <http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf34z5l>).

participar de um cartel passam a temer não apenas multas impostas pelo CADE, e a possibilidade de prisão para as pessoas físicas envolvidas, como também eventual decisão judicial que os condene a ressarcir todo o dano causado, potencialmente retirando qualquer expectativa de garantir um lucro ilícito.

Esta função dissuasória é ainda mais presente quando o ordenamento permite a indenização punitiva, como é o caso nos Estados Unidos. No Brasil, a matéria é controversa e é alvo de resistência por parte da doutrina. Isto se deve, principalmente, ao fato de a responsabilidade civil ter sido considerada, por muitos anos, como voltada apenas à reparação do dano e, portanto, focada apenas na figura da vítima. No entanto, verifica-se atualmente uma tendência de aplicação da doutrina dos “*punitive damages*” como forma de garantir que a responsabilização civil possa gerar também a retribuição (como punição), levando em conta a gravidade da conduta do ofensor, e a dissuasão (evitando que o infrator lucre com a conduta ilícita).²⁸

Cabe destacar que se um cartel é condenado apenas com as multas aplicadas pelo CADE, esta punição tende a não cumprir integralmente com as suas funções preventiva e retributiva (em outras palavras, diminuindo a reiteração das infrações e garantindo que a multa será maior que o lucro obtido). Dentre os motivos para tanto, está o fato de que o cálculo da vantagem auferida é extremamente complicado, sendo difícil ou até mesmo impossível garantir que o infrator não será capaz de reter parte do seu lucro ilícito com a conduta.²⁹

Neste sentido, Daniel Caselta aponta que a responsabilidade civil reforça os mecanismos de prevenção de cartéis pelas seguintes razões: (i) as demandas aumentam a probabilidade de detecção de cartéis, ao incentivarem as denúncias e os ingressos em juízo por parte dos próprios prejudicados; (ii) as demandas podem contribuir com a obtenção de provas e elaboração de estudos econômicos utilizáveis pelas autoridades, o que, em última instância, reduz o dispêndio de recursos pelas últimas e permite aumentar o número de investigações de cartéis e outras práticas anticompetitivas; e (iii) as demandas aumentam as sanções, que se somam às administrativas e criminais.³⁰ De modo geral, aumenta-se a probabilidade de detecção e se reduz a expectativa de que o lucro supere as penalidades.

²⁸ “*Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional*”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Disponível no Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 04/05/2017.

²⁹ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 11.

³⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 73.

Ainda, há quem defenda que, sob a perspectiva da dissuasão, se as multas e indenizações somarem apenas um valor igual aos danos causados, as empresas continuariam tendo incentivos para cometer as infrações. Neste sentido, seria necessário aplicar indenizações punitivas ou múltiplas.³¹

É importante ressaltar que, no Brasil, a condenação do cartel nas esferas civil, criminal e administrativa não configura o chamado “*bis in idem*”, uma vez que estas são independentes, buscam diferentes objetivos e protegem diferentes bens jurídicos. Este entendimento também já foi destacado na jurisprudência.³²

A função dissuasória da reparação civil não é o tema principal do presente trabalho, que está direcionado ao possível e efetivo ressarcimento privado. De toda forma, deve ser levada em conta em diversos momentos, por exemplo, quando se discute o valor indenizatório e o compartilhamento de documentos pelas autoridades com os autores e com o judiciário. Defende-se aqui que o reconhecimento do potencial das ações de reparação civil concorrenciais pelas autoridades administrativas, pelo judiciário e pelo legislativo, pode levar a um incremento na cooperação entre as diversas esferas, à elaboração de novas regras e leis aptas a estimulá-la, e ao proferimento de decisões realmente efetivas.

Feitas estas considerações preliminares, passa-se a estudar os fundamentos da reparação civil dos danos causados por cartéis no Brasil, este sim o foco do presente estudo.

³¹ LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised.** 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004.

³² “*Inexiste violação ao princípio do ne bis in idem, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, in casu, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes*” (STJ - REsp: 677585 RS 2004/0126889-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/12/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.2006 p. 679)

CAPÍTULO 2: OS FUNDAMENTOS DA REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

A Constituição Federal do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, XXXV, a garantia fundamental de que qualquer lesão ou ameaça a direito poderá ser levada ao judiciário. Na prática, esta garantia estabelece a base de todas as ações de reparação civil no país. Mais que isto, fica clara a possibilidade de que os interessados entrem com ações independentemente de qualquer investigação ou decisão administrativa, ainda que esta seja pela não ocorrência de qualquer infração contra a ordem econômica.³³

Na mesma direção, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que os prejudicados por infrações contra a ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter tanto a cessação das práticas anticoncorrenciais quanto o ressarcimento por perdas e danos sofridos, independentemente de inquérito ou processo administrativo no CADE. Este artigo é, portanto, o fundamento direto da reparação dos danos causados por cartéis, ao realizar a ligação entre o Direito Civil e o Direito da Concorrência. De fato, o estudo da reparação civil de danos causados por cartéis é interdisciplinar, uma vez que se vale e se fundamenta em princípios próprios e entendimentos doutrinários do Direito da Concorrência, do Direito Civil e do Direito do Consumidor.³⁴

Não obstante, na ausência de maiores previsões na Lei de Defesa da Concorrência, é necessário valer-se do Código Civil brasileiro quanto à reparação civil. Referido Código, além de obrigar aquele que causa dano a outrem, por ato ilícito, a repará-lo, em seu artigo 927, também estabelece os prazos prescricionais e as bases para a medida da indenização. Inclusive, antes da Lei nº 8.884/1994 (a “antiga” Lei de Defesa da Concorrência), o Código Civil fundamentava a maior parte das ações envolvendo concorrência desleal, abuso de poder econômico e restrições contratuais.³⁵

É importante ressaltar que a teoria da responsabilidade civil, no Brasil, e seguindo uma tendência mundial, mudou muito nos últimos anos. O tópico tem obtido posição de destaque na doutrina e na jurisprudência nas últimas décadas, passando a englobar os mais diversos campos da área jurídica. Seu estudo continua em rápido processo de evolução, podendo-se mencionar

³³ MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Nicolás. **Private antitrust damages**. Em *Overview of Competition Law in Brazil* / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 397.

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31.

³⁵ MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Nicolás. *Op. cit.* p. 398.

o afastamento da ideia de culpa, a ampliação dos danos indenizáveis, o debate sobre o papel punitivo e preventivo da indenização, dentre outros. De modo geral, a responsabilidade civil cresceu não apenas quantitativamente, mas também qualitativamente, como já mencionava o professor francês Louis Josserand: “*a responsabilidade não se realiza só mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, desconhecidas mesmo – algumas dentre elas, pelo menos – de nossos avós*”.³⁶

Portanto, o estudo que aqui se realiza deverá necessariamente enveredar por esta miríade de transformações que atinge a Responsabilidade Civil e buscar esclarecer, ponto a ponto, questões que envolvem a reparação dos danos causados por cartéis.

2.1. Legitimidade ativa e passiva

O artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que os prejudicados por infrações contra a ordem econômica poderão ingressar em juízo tanto por si quanto pelos legitimados no artigo 82 da Lei nº 8.078/1990 (Código do Consumidor), em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos.

Feita esta leitura, entende-se inicialmente que os legitimados para figurar no polo ativo de uma ação de reparação civil, além dos próprios prejudicados, são: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal - aqui atuando como representantes dos prejudicados na ação coletiva; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código do Consumidor; e (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa do consumidor.

No entanto, cabe ressaltar que a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) também confere legitimidade para propositura de ações de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados por infrações contra a ordem econômica, causados aos consumidores ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Neste sentido, este diploma amplia o número de legitimados para a propositura de ações civis por autarquias, empresas públicas, fundações,

³⁶ JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941.

sociedades de economia mista e associações, que não devem estar necessariamente ligadas à finalidade de proteção do consumidor.³⁷

Algumas considerações merecem ser feitas. Primeiro, a Lei de Defesa da Concorrência não faz distinção entre os prejudicados diretamente e os prejudicados indiretamente pelo cartel. Desta forma, entendem-se como legitimados tanto os primeiros a adquirirem os produtos, serviços ou insumos com preços artificialmente elevados, quanto os consumidores do restante da cadeia que tenham comprovadamente absorvido o sobrepreço ao adquirir os bens ou serviços.³⁸

Em segundo lugar, o Ministério Público, quando não atuar como parte, sempre deverá ser chamado a atuar como fiscal da lei, conforme se extrai do artigo 5º, §1º, da Lei nº 7.347/1985. A mesma Lei, no parágrafo seguinte, faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas se habilitarem como litisconsortes de qualquer das partes.

Por fim, Roberto Pffeifer entende que é possível que o CADE ajuíze ações civis públicas, desde que seja possível demonstrar seu interesse de agir. Isto ocorreria quando a autarquia demonstrasse não poder alcançar certos resultados através da tutela administrativa. Exemplificando, o Ex-Conselheiro aponta que não seria necessário o ajuizamento para obter a cessação do cartel (já que isto poderia ser obtido através do processo administrativo), mas sim caso o CADE desejasse obter a indenização para os prejudicados.³⁹

Por sua vez, Daniel Caselta defende que, ainda que o CADE seja uma autarquia federal, sua atuação na propositura de uma ação coletiva prejudicaria sua imparcialidade enquanto órgão julgante em matéria concorrencial. Mais que isso, o Conselho não teria interesse na propositura de tal demanda, uma vez que prejudicaria sua atuação em outras frentes, especialmente a busca por tornar os programas de Leniência e de Cessação mais atrativos.⁴⁰

Com todo o respeito aos que entendem de forma diversa, parece mais correto o último posicionamento. De toda forma, o artigo 118 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da mesma, o CADE deverá ser intimado,

³⁷ Importante ressaltar que, para as associações, a Lei nº 7.347/1985 também estabelece dois requisitos objetivos: (i) constituição legal há pelo menos um ano; e (ii) finalidades institucionais que incluam a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, V, “a” e “b”).

³⁸ GIANNINNI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 189.

³⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Tutela coletiva da livre concorrência**. Em: Revista de Direito do Consumidor, vol. 49, 2004. p. 14.

⁴⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 115.

facultando-se a ele intervir na qualidade de assistente, o que se dará de forma mais harmônica com os demais fins de atuação do Conselho.

No polo passivo da ação devem constar aqueles que estão obrigados a reparar o dano. A questão que surge é se apenas podem ser demandados aqueles que estabeleceram uma relação direta de negócios com o pleiteante à reparação ou se todos os participantes do cartel podem ser arrolados. Questiona-se, ainda, se apenas um ou alguns dos participantes podem ser responsabilizados por todo o dano causado pelo cartel.

Como já destacado, podem pleitear reparação tanto os prejudicados diretamente quanto indiretamente. Desta forma, o pedido não deve ser necessariamente direcionado a um cartelista com o qual se tenha feito negócios. Além disso, em prol da proteção à vítima e da viabilização das ações de reparação civil por danos causados por cartéis, impõe-se que, na medida do dano sofrido pelo autor, sejam todos os membros do cartel solidários pelo pagamento da indenização, sem prejuízo de posterior ação de regresso, o que decorre da própria natureza do cartel.⁴¹

Este entendimento também está de acordo com o artigo 942 do Código Civil quando determina que *“se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”*. Conforme a jurisprudência, há coparticipação quando *“as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento, gerando responsabilidade solidária. Cada um dos coagentes que concorre adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e obrigado a indenizar”*.⁴²

2.2. A caracterização da responsabilidade

Em nosso ordenamento, e em regra, a responsabilidade civil decorre de quatro fatores: (i) cometimento de ato ilícito; (ii) existência de culpa ou dolo; (iii) dano causado a outrem; e (iv) nexos causal entre o ato ilícito e o dano, conforme se extrai da leitura conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Busca-se esclarecer abaixo algumas questões práticas que surgem quando se trata de ações de reparação civil por danos causados por cartéis.

Na maior parte dos casos a responsabilidade civil é subjetiva (depende de dolo ou culpa), como apontado no artigo 927 do Código Civil. No entanto, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, esta poderá ser objetiva nos casos especificados em lei ou quando a

⁴¹ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 186.

⁴² (RF 378/314) em NEGRÃO, Theotonio [et al]. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 2016.

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade objetiva tem ganho força nas últimas décadas, conforme as teorias se distanciam da noção de culpa e passam a se focar mais na proteção à vítima, sujeita a maiores riscos na sociedade moderna.⁴³ A própria Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 36, estabelece que a configuração das infrações contra a ordem econômica independe de culpa, ao menos em relação às empresas envolvidas. Na prática, a responsabilidade objetiva, ao suprimir a obrigatoriedade de provar a culpa do responsável pela ação ou omissão, estabelece mais uma ferramenta de proteção à vítima da conduta anticoncorrencial.⁴⁴

Conforme já mencionado, a mera existência e comprovação de cartel é suficiente para condenação tanto na seara administrativa quanto na penal, por economia processual, uma vez que os efeitos negativos esperados de um cartel são presumidos.⁴⁵ Em adição, Tércio Sampaio Ferraz Júnior defende que a previsão de reparação de danos na Lei de Defesa da Concorrência não é mera repetição do Código Civil, pois viabiliza a aplicação de princípios concorrenciais no âmbito da responsabilidade civil.⁴⁶

Portanto, em comunhão com a doutrina que se debruça sobre o assunto, entende-se que analisar profundamente o elemento da culpa não é necessário quando se trata de ações de reparação civil por danos causados por cartéis, uma vez que a prática de cartel gera, por sua natureza, dano aos consumidores e à sociedade.⁴⁷ Frederico Martins, inclusive, defende que a responsabilidade objetiva neste caso decorre da aplicação da teoria do risco da atividade.⁴⁸

⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade Civil na sociedade de risco**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 105, 2010.

⁴⁴ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. **Ônus da prova na ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial**. Revista dos Tribunais, vol. 959, 2015. p. 3.

⁴⁵ Neste sentido, voto do Conselheira Ana Frazão no julgamento do chamado “Cartel do Pão” (PA nº 08012.004039/2001-68, julgado em 22/05/2013): “Com efeito a adoção de práticas empresariais uniformes entre concorrentes com o fim exclusivo de apropriação de renda do consumidor reúne duas características que a diferencia de outras condutas submetidas ao escrutínio antitruste: a. tal conduta não gera nenhum benefício social nem possui qualquer aspecto pró-competitivo, sendo desnecessária uma avaliação mais profunda acerca dos seus efeitos sobre a economia; b. ela só pode ser implementada por empresas capazes de influenciar o funcionamento do mercado, o que permite que a potencialidade anticompetitivas da conduta seja inferida a partir da comprovação da sua materialidade”.

⁴⁶ “Afinal, se o legislador nunca é redundante nem prescreve superfluamente, isto é, se cada norma, ainda que aparentemente esteja a regulamentar a mesma *facti species*, tem destinação própria e específica, e, ao sancionar uma norma, o legislador é sempre finalista, sempre tem algum objetivo próprio e específico (não há palavras nem normas inúteis), então a referida disposição da lei antitruste não deve ser reduzida, pura e simplesmente, à prescrição de reparação de dano já existente no Código Civil, mas há de referir-se a um estatuto jurídico próprio”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31).

⁴⁷ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 175.

⁴⁸ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**, 2017. p. 35.

De qualquer forma, a discussão da culpa pode não ter tanta relevância, mesmo em relação às pessoas físicas envolvidas, quando se constata que os cartéis dependem de atuação ativa e direcionada dos participantes, que voluntariamente entram em acordos com seus concorrentes, visando benefícios ilícitos. Entendendo-se como superado este elemento, passa-se à análise dos outros três.

2.2.1. Ato Ilícito

O ato ilícito está definido no próprio texto do Código Civil, em seu art. 186, que diz: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. No artigo seguinte, fica estabelecido que mesmo aquele que atua no exercício de direito pode cometer ato ilícito ao exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Trata-se da figura de “abuso de direito”.

Interpretando esta definição, Caio Mário aponta que o ato ilícito em geral, seja este civil ou penal, reúne alguns fatores: (i) uma conduta, que se configura na realização intencional ou previsível de um resultado exterior; (ii) a violação ao ordenamento jurídico, como contraposição ao comportamento determinado por uma norma; (iii) a imputabilidade, na forma de atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; e (iv) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia. Em relação a este último requisito, ressalta o autor que, enquanto a conduta permanecer inócua, desmerecerá a atenção do direito.⁴⁹

Embora haja quem defenda que para que exista ato ilícito basta o descumprimento a uma norma,⁵⁰ percebe-se que, na verdade, a existência do ilícito civil, independente da posterior responsabilização, exige também a ocorrência de um dano. Esta constatação não é desnecessária nem supérflua, uma vez que diferencia o ilícito civil do ilícito concorrencial e do ilícito penal.

Conforme já ressaltado, a Lei nº 12.529/2011 estabelece que as infrações contra a ordem econômica ocorrem meramente pela potencialidade de geração de efeitos (por exemplo, de ser dominado um certo mercado relevante). Na esfera penal, o crime de cartel previsto na Lei nº

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 548.

⁵⁰ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 116.

8.137/90 é um crime de perigo concreto⁵¹, bastando também a potencialidade dos efeitos.⁵² Já o ilícito civil depende de dois elementos, conforme ressaltado por Livia Gândara: (i) uma conduta antijurídica resultante da violação da norma; e (ii) dano.⁵³

Em outras palavras, a responsabilidade civil depende inicialmente da ocorrência de um ato ilícito, e este, por sua vez, só ocorre quando há violação de uma norma prevista no ordenamento jurídico, ou abuso de direito, *em conjunto com a geração de dano*. Suponhamos que seja formado um cartel para participar em uma licitação e, eventualmente, tal licitação venha a ser cancelada. Ainda assim, pelo potencial danoso da prática, o ilícito poderia ser condenado nas esferas administrativa e penal, desde que suficientemente comprovado. O mesmo não ocorre na esfera cível, onde, mesmo fora da questão da quantificação da indenização, só haverá ato ilícito condenável quando houver a geração de dano a outrem.

2.2.2. Dano

Como se viu, a existência de dano é um requisito para a ocorrência de ato ilícito. Da mesma forma, o dano é um pressuposto da responsabilidade civil, nos termos do artigo 927 do Código Civil, quando prega que aquele que causar dano a outrem, por ato ilícito, ficará obrigado a repará-lo. Não se trata aqui de repetição: fica claro que somente poderá buscar a responsabilização aquele que foi efetivamente prejudicado. Esta distinção significa que não poderia um terceiro buscar indenização contra alguém que praticou cartel (portanto, um ato ilícito) sem ter sido prejudicado de alguma forma pela conduta.

A exigência de comprovação e quantificação do dano nas ações privadas é um dos maiores entraves e também uma das principais diferenças em relação à persecução pública aos cartéis. Enquanto na esfera administrativa e penal, basta a potencialidade de ocorrência de efeitos negativos à concorrência para ensejar uma condenação, é requisito legal expresso da responsabilidade civil, como já demonstrado, que se comprove a ocorrência de dano. Este deve

⁵¹ “Crime de perigo é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. [...]. O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 22. ed. rev., ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵² PEREIRA, Felipe Cardoso. **O momento consumativo da formação de cartéis e sua repercussão na contagem do prazo prescricional**. Brasília, 2015.

⁵³ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 13.

ser verificado objetivamente e não pode haver dúvida sobre a sua existência, ainda que esta exista quanto à sua quantificação.⁵⁴

Além disso, como prescreve o Código Civil, em seu artigo 944, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. A correta quantificação do dano para fins da reparação civil, no entanto, é tema que merece atenção mais aprofundada, por sua dificuldade intrínseca e, por este motivo, será analisada em tópico próprio. Neste momento, cabe apenas fazer um breve estudo sobre o tipo de dano causado por cartel que pode dar origem a uma ação de reparação civil.

Na atualidade, a noção de dano como meramente uma diminuição patrimonial tem dado lugar a uma concepção mais ampla, especialmente com a valorização dos danos-morais e reconhecimento de que alguns prejuízos não podem ser medidos pela comparação entre o patrimônio anterior e o posterior ao dano.⁵⁵ Assim, passa a existir a concepção de dano como ligada à existência de lesão a um bem ou interesse tutelado pelo ordenamento, incluindo-se nesta esteira tanto os danos patrimoniais como os morais, que inclusive são cumuláveis, conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁶ Segundo entendimento do mesmo Tribunal, a pessoa jurídica também pode sofrer dano moral.⁵⁷

Os danos patrimoniais podem ser subdivididos em danos emergentes e lucros cessantes. Conforme exemplifica Livia Gândara, no caso de condutas anticompetitivas, o primeiro pode dizer respeito ao sobrepreço pago por um consumidor ao adquirir um produto alvo de um cartel, enquanto a redução nas vendas de um concorrente alvo de conduta exclusionária pode caracterizar lucros cessantes.⁵⁸

Realizando uma ligação com os danos causados por cartéis, destaca-se também a possibilidade de que um produtor, para além de adquirir produtos com sobrepreço, tenha que reduzir sua produção devido à escassez do insumo e, portanto, deixe também de lucrar como deveria em um ambiente de competição saudável. Merecem destaque as palavras de Fábio Ulhôa sobre o dano causado por lucros cessantes a um indivíduo: “*não se pode ignorar o custo de oportunidade, quer dizer, o potencial de geração de riquezas representado pelos bens dele suprimidos pelo evento danoso*”.⁵⁹

⁵⁴ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 126.

⁵⁵ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 138.

⁵⁶ Súmula 37 do STJ.

⁵⁷ Súmula 227 do STJ.

⁵⁸ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 14.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 817.

Já os danos morais são usualmente definidos na jurisprudência brasileira pelo aspecto subjetivo (dor, humilhação, angústia e sofrimento experimentados pela vítima).⁶⁰ Seu cabimento passou a ser admitido sem reservas no Brasil somente a partir da Constituição Federal de 1988, e não somente em relação a direitos de personalidade, mas em qualquer situação de prejuízo.⁶¹ A proteção dos danos morais também é respaldada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI, que deixa expressa a possibilidade de cumulação por danos morais e patrimoniais.⁶²

Realizando uma ligação com a escassez de oferta que pode ser gerada por um cartel, Gândara exemplifica o dano moral por conduta anticompetitiva como a possibilidade de um consumidor ser compelido a deixar de consumir um produto, ou substituí-lo, em razão do aumento ilícito de preços.⁶³ De fato, há neste caso uma redução do seu bem-estar.

A maior parte da doutrina tem enfatizado a função de “compensação” dos danos morais, para minorar os efeitos do dano sofrido.⁶⁴ No entanto, cada vez mais têm-se reconhecido o “duplo caráter” da reparação deste tipo de dano, sendo esta ao mesmo tempo compensatória para a vítima e punitiva para o ofensor, de forma a não permitir que o bem jurídico seja violado impunemente.⁶⁵

Neste sentido, a possibilidade de aplicação da indenização punitiva (conhecida como *punitive damages* no direito comparado) é um dos temas mais polêmicos que circunda a responsabilidade civil. A controvérsia reside no fato da indenização, aplicada desta forma, superar o prejuízo sofrido pela vítima e se assemelhar, portanto, a uma sanção penal. Carlos Roberto Gonçalves defende que, tendo estas características, estaria sujeita ao princípio da legalidade (segundo o qual não há pena sem prévia cominação legal). Além disso, poderia resultar no enriquecimento ilícito do indenizado, proibido em nosso ordenamento. Portanto, em sua visão, somente seria possível a adoção dos *punitive damages* no Brasil em caso de regulação

⁶⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 164.

⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.* p. 828-829.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

⁶³ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 14.

⁶⁴ CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 164-168.

⁶⁵ “Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, com fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 368).

em lei, com a fixação de sanção mínima e máxima, e revertendo o valor adicional da indenização ao Estado (por exemplo, através da destinação a um fundo).⁶⁶

Fábio Ulhôa Coelho, por sua vez, discorda de Carlos Roberto Gonçalves no sentido de que, em sua visão, a sanção civil não se sujeita ao princípio da legalidade estabelecido no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal. Na sua opinião, apenas as sanções pecuniárias que revertem para o Estado (ou seja, penais e administrativas) é que devem necessariamente estar previstas em lei. A indenização punitiva seria possível em nosso ordenamento, então, desde que a infração cometida tenha sido especialmente reprovável (por exemplo, no caso de um médico cirurgião que age de forma displicente, sem consideração pelo seu paciente). Para tanto, caberá à vítima o ônus da prova a respeito da alegada desconsideração pelos direitos alheios.⁶⁷

No Brasil há um enraizado entendimento contrário a esta possibilidade, visando evitar a criação de uma “indústria de indenizações”. Apesar de haver um crescente reconhecimento da função punitiva da indenização, a doutrina reconhece que seriam necessárias alterações legais para permitir a sua aplicação nas ações de reparação concorrenciais.⁶⁸ É necessário ressaltar, contudo, que já existem figuras com esta natureza tanto no Código Civil quanto no Código do Consumidor, como é o caso da indenização em dobro no caso de cobrança indevida (nos termos do artigo 940 do Código Civil e do artigo 42 do Código do Consumidor).⁶⁹

De forma conservadora, este trabalho defende a necessidade de produção legal para permitir a utilização de indenizações punitivas em matéria de reparação civil concorrential. No entanto, há de se reconhecer que, no momento do arbitramento dos danos morais, é bastante plausível que a gravidade da conduta (e, portanto, sua reprovabilidade) permeie o julgamento do juiz, resultando, por fim, na aplicação de indenizações com caráter suficientemente dissuasório, ainda que isto ocorra somente no caso de infrações *especialmente reprováveis*. Seria o caso de considera-las, por exemplo, para práticas de cartel que afetem a saúde pública, como aqueles que envolveram bancos de sangue (prestação de serviços de hemoterapia)⁷⁰,

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372-374.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 864-868.

⁶⁸ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 162.

⁶⁹ OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **Dano moral e seu caráter desestimulador**. 2012. Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_dano_moral_e_seu_carater_desestimulador>

⁷⁰ PA nº 08012.012032/2007-13, condenado pelo Tribunal do CADE em 16/09/2015.

hemoderivados⁷¹, próteses e órteses⁷², dentre outros. Não se trata, neste caso, de *pena* civil, mas sim de *sanção* apta a compensar o lesado e dissuadir o lesante.⁷³

Como se constata nos julgamentos administrativos dos casos mencionados, a prática de cartel deve ser considerada em toda a sua extensão, já que afeta não apenas interesses econômicos e patrimoniais, mas também aspectos relacionados ao bem-estar geral da sociedade e igualdade social.

2.2.3. Nexo Causal

O nexos de causalidade é o que liga a ocorrência do dano a um ato ilícito, concluindo logicamente a responsabilidade civil de reparar. Como bem menciona Bruno Maggi: “*caso não tenha sido produzido qualquer dano, outros fatores tenham sido determinantes para a produção do dano ou o dano verificado decorra de outro ato, inexistente nexos causal entre os elementos e não surge a responsabilidade civil*”.⁷⁴ Não obstante a aparente simplicidade do conceito, a definição concreta da sua ocorrência é mais difícil e foi objeto de diversas teorias com o passar dos anos.

A teoria conhecida como “teoria da equivalência das causas” defende que toda circunstância que tenha contribuído para a ocorrência do dano é uma causa. Em outras palavras, se caso retirada aquela circunstância o dano não teria ocorrido, então esta é uma *conditio sine qua non*. Esta teoria recebeu críticas por gerar indefinição e extensão indefinida da responsabilidade. Por exemplo, em caso de homicídio por arma de fogo, a responsabilidade poderia se estender ao vendedor e até mesmo ao fabricante da arma. Há uma situação de incerteza e insegurança jurídica até mesmo para as mais simples relações sociais. Desta forma, referida teoria deu lugar a outras mais concretas.⁷⁵

⁷¹ PA nº 08012.003321/2004-71, condenado pelo Tribunal do CADE em 13/04/2016. De acordo com o Voto-Relator do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos: “*O presente caso apresenta um fator adicional de gravidade, uma vez que a ação do cartel afetou o setor de saúde, especificamente a destinação de verbas à fabricação de medicamentos. A conduta dos Representados de angariar preços mais altos em licitações promovidas pelo MS afetou diretamente a vida de hemofílicos de todo o país, aumentando o custo total da produção e resultado em uma oferta menor de remédios para a população. Portanto, reputo a conduta em análise como extremamente grave*”.

⁷² PA nº 08012.008507/2004-16, condenado pelo Tribunal do CADE em 10/12/2014. Conforme análise do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, caso as empresas cartelistas não tivessem sido desclassificadas nas licitações promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o custo adicional teria privado que aproximadamente 13 mil segurados tivessem acesso ao programa de Reabilitação Profissional.

⁷³ STOLZE, Pablo Gagliano. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 136.

⁷⁴ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 158.

⁷⁵ *Ibid.* p. 159.

Dentre estas, a “teoria da causalidade adequada” restringe o nexos causal ao determinar que somente as condições que seriam aptas, por si só, a causar o dano, é que devem ser consideradas *concausas*. Ou seja, somente o ato que teria como *consequência previsível*, em *situações similares*, o resultado obtido, é que pode ser considerado uma causa adequada. É possível que sejam consideradas diversas causas adequadas para o mesmo dano, desde que cada uma pudesse causa-lo individualmente.⁷⁶

Exemplificando: se “A”, por acidente, esbarra em “B” ao virar uma esquina, e este, ao cair, sofre diversas fraturas por possuir uma doença degenerativa nos ossos, não é possível dizer que o choque foi uma causalidade adequada. Já de acordo com a teoria da *conditio sine qua non*, este mero acidente poderia dar causa à responsabilidade civil. Portanto, percebe-se que a teoria da causalidade adequada é mais precisa ou, no mínimo, mais concreta. Ainda assim, também pode ser criticada pela ausência de critérios objetivos que permitam concluir que uma conduta teria como resultado esperado o dano causado, resultando em acentuado grau de discricionariedade do julgador.⁷⁷

Uma terceira teoria é a da “causalidade direta e imediata”, ou “dos danos diretos e imediatos”. Esta teoria foi positivada em nosso Código Civil, no artigo 403, ao prever que “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”.⁷⁸ Entender desta forma limita as hipóteses de responsabilidade, ao estabelecer um nexos causal restrito entre a conduta e o dano, apenas na medida em que o primeiro causou o segundo. Esta teoria, em conjunto com o desdobramento da “*condição necessária*”, para o qual há dever de reparar quando o dano causado é efeito necessário da conduta, tem sido aplicada majoritariamente na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Na prática, no entanto, se verifica a aplicação de uma variedade de teorias pelos tribunais, a depender do caso concreto.⁷⁹

Ocorre que a constatação da existência de nexos causal é indispensável para a responsabilidade civil, uma vez que o autor só poderá ser demandado pelo dano a que deu causa. Resta saber, então, como, e até que ponto, o cartel gera danos à sociedade, para, finalmente, concluir logicamente configuração da responsabilidade civil por danos causados por cartéis.

⁷⁶ STOLZE, Pablo Gagliano. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154.

⁷⁷ Ibid. p. 155.

⁷⁸ Ibid. p. 159.

⁷⁹ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 131.

Neste sentido, Bruno Maggi defende ser problemática a aplicação da teoria da conditio *sine qua non*, uma vez que por esta o cartelista deveria indenizar todos os possíveis danos em todos os níveis da cadeia produtiva.⁸⁰ Assim, não apenas seria responsável por indenizar o nível imediatamente abaixo, que adquiriu os produtos com sobrepreço, ou até mesmo o nível que absorveu esta elevação, mas eventualmente todos os níveis subsequentes, até chegar ao consumidor final, independentemente de as oscilações nos preços terem sido causadas também, e até majoritariamente, por uma gama de outros fatores (por exemplo, questões de comércio estrangeiro), ou de outro nível da cadeia ter buscado aumentar suas margens de lucro por conta própria, independentemente da existência do cartel.

O mesmo autor defende que a teoria da “condição necessária” seria demasiado restrita, uma vez que “na dinâmica de mercado, nenhum elemento é decisivo de modo isolado para a tomada das decisões e para a produção dos efeitos”.⁸¹ Por exemplo, a aplicação desta teoria impede a reparação de danos não ligados diretamente ao preço, como os causados pela própria redução de competitividade na economia (redução de investimentos em diferenciação e tecnologia) e do bem-estar-social (por exemplo, ao tornar um produto inacessível a uma parte da população). Dito isso, entende que a determinação mais correta donexo causal para o caso da reparação civil concorrencial seria através da teoria da causalidade adequada, ao permitir, de forma equilibrada, que os prejuízos sejam efetivamente reparados, mas sem depender da comprovação cabal de que inexistiram outras circunstâncias aptas a justificar o dano.⁸²

Feitas estas considerações, o presente estudo também defende que a teoria da causalidade adequada é a que deve ser utilizada na análise da responsabilidade civil derivada de danos causados por cartéis, por melhor se enquadrar na realidade do caso e permitir a justa reparação. Nestes termos, e como reconhecido pelos estudos de direito da concorrência e pela jurisprudência, o cartel é nada mais que um evento adequado e suficiente para causar o dano.⁸³ Este entendimento não vai contra a jurisprudência brasileira que, como apontado acima, pode se utilizar de uma conjugação de teorias em prol da aferição da realidade dos fatos.⁸⁴

⁸⁰ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 162.

⁸¹ Ibid. p. 165.

⁸² Ibid. p. 165.

⁸³ Conforme resumido no voto vencedor no julgamento do chamado “Cartel do Cimento” pelo CADE: “Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta, feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais per se”. (Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado em 28/05/2014).

⁸⁴ No julgado a seguir, por exemplo, se vê a aplicação da teoria da causalidade adequada em conjunto com a do dano direto e imediato: “[...]Relativamente ao elemento normativo do nexocausal em matéria de responsabilidade civil, vigora, no direito brasileiro, o princípio de causalidade adequada (ou do dano direto e

2.3. A definição do prazo prescricional

A correta identificação do prazo prescricional é de extrema relevância para toda pretensão reparatória. Para Humberto Theodoro Júnior, a prescrição é uma verdadeira sanção, que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante da sua violação por outrem.⁸⁵ Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira entende que o fundamento da prescrição é de ordem pública e consiste na segurança jurídica, já que não se pode permitir perpetuamente a dúvida na vida social.⁸⁶ Unindo as teorias de ambos importantes civilistas, fica evidente que a prescrição é tema que não pode ser, de forma alguma, deixado em situação de dúvida e controvérsia.

No entanto, a prescrição no âmbito das ações de reparação civil por danos causados por cartéis ainda levanta importantes discussões. Entre os pontos controversos estão (i) o pequeno prazo prescricional previsto no Código Civil, que poderia gerar barreira adicional ao ajuizamento de ações desta natureza, e (ii) a indefinição do termo inicial do prazo de contagem (que poderia se dar desde a violação do direito ou a partir do conhecimento da vítima de que foi prejudicada).

De acordo com o artigo 206, §3º do Código Civil, a prescrição das ações de reparação civil ocorre em três anos. Este prazo é considerado como muito exíguo, como bem reconhecido pela Superintendência-Geral do CADE.⁸⁷

Para fins de comparação, o Código de Defesa do Consumidor estabelece um prazo prescricional de cinco anos para as ações de reparação de danos em relação a fatos do produto ou serviço, deixando claro que a contagem só se inicia a partir do conhecimento do dano e da

mediato), cujo enunciado pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, a contrario sensu, do art. 159 do CC/16 e do art 927 do CC/2002, que fixa a indispensabilidade do nexu causal), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a outra (que decorre do art. 1.060 do CC/16 e do art. 403 do CC/2002, que fixa o conteúdo e os limites do nexu causal) segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso". (STJ - REsp: 1198829 MS 2010/0115285-6, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2010).

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 357.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 573.

⁸⁷ A Superintendência-Geral do CADE também defende que sejam realizadas alterações legislativas para estabelecer a ciência inequívoca como termo inicial da prescrição, o que se daria quando da publicação do julgamento final do Processo Administrativo pelo Tribunal do CADE ou após o desfecho da ação penal (SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil**, 2016).

sua autoria. Verifica-se uma tentativa de proteger a vítima ao garantir a ela um prazo razoável para a busca por indenização.

O prazo estabelecido na Lei nº 12.529/2011 é também de cinco anos, para a maioria das infrações, mas segue o previsto no Código Penal para o caso de cartel – ou seja, 12 anos. É forçoso reconhecer que o CADE possui mais meios de detectar e comprovar cartéis, seja por meio de denúncias externas ou investigações próprias, do que os particulares, que injustificadamente ficam sujeitos a um prazo muito menor. Inclusive, dadas as dificuldades de produção de prova em matéria de cartel, a doutrina aponta que seria natural que as ações reparatórias individuais fossem propostas após a decisão do CADE. Como estas tendem a demorar, em média, mais do que três anos, a pretensão civil seria extinta neste tempo.⁸⁸

Em relação à questão do início da contagem do prazo, o artigo 189 do Código Civil estabelece que a pretensão surge da violação do direito, aparentemente definindo que o termo inicial da contagem da prescrição ocorre no momento em que o dano é causado, independente da ciência da vítima. Este princípio recebe o nome de “*actio nata*”, e já foi destacado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando se dedicou à interpretação do artigo: “*O termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito*”.⁸⁹

Existe uma linha jurisprudencial segundo a qual o Código Civil foi expresso em todas as hipóteses em que o prazo não começa a contar a partir da violação do direito, como é o caso do segurado contra a seguradora⁹⁰, também podendo-se mencionar a pretensão relativa à tutela e a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas.

Contudo, esta interpretação é controversa, na medida em que gera relevante desestímulo para a propositura de ações de reparação civil por danos causados por cartéis. Este tipo de infração contra a ordem econômica, por sua própria natureza, tende a ser secreto, “camuflado”, e de difícil detecção, o que é uma característica dos delitos econômicos e dos chamados “crimes do colarinho branco”⁹¹, exigindo, não raras vezes, a produção de perícias complexas e a interpretação de normas de compreensão difícil.⁹² Além disso, as investigações, sejam elas em

⁸⁸ GIANNINNI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 190.

⁸⁹ (STJ-1ª Seção, REsp 1.003.955, Min. Eliana Calmon, j. 12.8.09, maioria, DJ 27.11.09). No mesmo sentido: (STJ-3ª Seção, REsp 1.168.336, Min. Nancy Andrighi, j. 22.3.11, DJ 16.9.11).

⁹⁰ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 198.

⁹¹ Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68, julgado em 22/05/2013.

⁹² STF, AP 470, Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJ 22.4.2013.

âmbito criminal ou administrativo, tendem a ser sigilosas até que se decida pela suficiência de indícios para instauração de um processo. Com isso, caso prevaleça o início da contagem independente do conhecimento da vítima, poderá ser até mesmo inviabilizada a reparação civil de prejuízos causados por cartéis⁹³, já que as vítimas poderão ter conhecimento da sua existência apenas quando já prescrita a sua pretensão.

Outra corrente, no entanto, entende que o termo inicial da prescrição somente se estabelece com a ciência do dano sofrido pela vítima, especialmente se era difícil ou impossível ter condições de saber da violação ao direito no momento em que esta ocorreu.⁹⁴

Neste sentido, merece destaque o posicionamento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva em Recurso Especial que tratou de dano ambiental. Entendeu o Ministro que, mesmo após a população ter sido notificada de que houve uma contaminação, não seria possível presumir que a autora tivesse obtido, naquele momento, ciência inequívoca de que sua filha havia sido intoxicada, de forma que a prescrição para a reparação civil, neste aspecto, não teria começado a correr desde este marco. Nas palavras do ministro: “*a prescrição somente começa a correr a partir do dia em que nasce a ação ajuizável ou o exercício da pretensão, isto é, inicia-se no momento em que for constatada a lesão e os seus efeitos*”.⁹⁵

Caio Mario, também tratando da questão do termo inicial da prescrição, defende que se a prescrição fulmina a pretensão jurídica, esta começa a correr quando o titular, podendo exercê-la, deixa de o fazer. Ou seja, apesar de o Código Civil prever que com a violação do direito surge a pretensão, no artigo 189, ele também determina que existem causas impeditivas, listadas no artigo 197 e seguintes. Segundo o autor, a correta interpretação do princípio é a de que “*a prescrição inicia-se na data em que o interessado pode, sem embaraço, manifestar a pretensão em juízo*”.⁹⁶

Uma possível e importante interpretação decorre do artigo 200 do Código Civil, segundo o qual sempre que a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, a prescrição

⁹³ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 199.

⁹⁴ “*O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão). Compreensão conferida à teoria da actio nata (nascimento da pretensão) que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e já é admitida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao dispositivo legal sob comento (art. 189, CC) interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição*”. (STJ-3ª T., REsp 1.347.715, Min. Marco Bellizze, j. 25.11.14, DJ 4.12.14).

⁹⁵ STJ - REsp: 1346489 RS 2012/0098444-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 11/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2013.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 580-581.

não correrá antes da respectiva sentença definitiva. Como a prática de cartel também constitui crime contra a ordem econômica, conforme previsto na Lei nº 8.137/90, e desta forma também possui consequências penais, poderia se defender que a prescrição somente começa a correr após a sentença proferida nesta esfera.⁹⁷ Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu que a ação penal para apuração de eventual formação de cartel suspende o prazo prescricional da reparação civil até o trânsito em julgado da sentença.⁹⁸

Feitas estas considerações, e para evitar que os infratores sejam beneficiados, a interpretação mais adequada parece ser a de que a prescrição somente começa a correr após o conhecimento pela vítima de que foi prejudicada pelo cartel, estabelecendo-se como parâmetro para este momento, no mínimo, o da divulgação das investigações pelo CADE ou pela Polícia Federal e o Ministério Público. Mais razoável, no entanto, seria determinar, de forma clara e positivada, que a prescrição somente começa a correr após a decisão final da autoridade administrativa ou do trânsito em julgado da sentença penal, o que leva em conta até mesmo o princípio da presunção de inocência em relação aos acusados.⁹⁹

Ainda que seja considerada a divulgação de investigações como termo inicial, defende-se que caso as partes desejem ingressar com a ação, mas aguardar a decisão das autoridades para fundamentar sua pretensão, estas possam se utilizar do instituto de protesto judicial para interrupção da prescrição, em linha com o artigo 202, II, do Código Civil.¹⁰⁰

Conforme já analisado pelos Tribunais, o artigo 867 do antigo Código de Processo Civil assegurava o direito ao protesto a todo aquele que desejava prevenir responsabilidade, prover a

⁹⁷ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**, 2017. p. 21-24.

⁹⁸ “É certo que, de acordo com fls. 274 do presente recurso, foi proposta ação penal 0004517-95.2009.403.6181 pelo Ministério Público Federal contra os representantes das empresas agravadas, para apuração de eventual formação de cartel no que tange à distribuição de gases industriais. A ação penal em tela foi proposta no ano de 2009 e julgada extinta em 2012. Em razão disso, e em atenção ao art. 200 do Código Civil, o prazo prescricional para o caso em questão encontrava-se suspenso. Com o julgamento da ação penal e o trânsito em julgado da sentença ocorridos no ano de 2012, o prazo recomeçou a fluir”. (TJ-SP - AI: 21966942020148260000 SP 2196694-20.2014.8.26.0000, Relator: Sergio Alfieri, Data de Julgamento: 25/08/2015, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/08/2015).

⁹⁹ SANTOS, Marcelo Rivera. **Ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição**. RDC, Vol. 3, nº 1, 2015, pp. 133-160.

¹⁰⁰ Esta posição também é defendida por Frederico Bastos Pinheiros Martins: “Trata-se, portanto, de um importante instrumento do qual as partes podem se valer para afastar o risco de prescrição, enquanto não se definir melhor qual evento é capaz de iniciar, com certeza jurídica, a fluência do prazo prescricional. Por interromper a prescrição a partir da intimação do requerido, o protesto não resolve a controvérsia acerca do prazo, e sim atribui um novo período de três anos para o exercício da pretensão indenizatória. Pendente a controvérsia, entretanto, até que seja pacificada a questão pelo judiciário ou alterada a legislação, o protesto interruptivo de prescrição constitui uma boa medida paliativa para se evitar que a pretensão indenizatória seja reputada prescrita”. (MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. 2017. p. 34).

conservação e a ressalva de direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal.¹⁰¹ Este artigo não possui correspondência direta no novo CPC, apesar de ser prevista a “notificação” no artigo 726, como forma de manifestar formalmente uma vontade sobre “assunto juridicamente relevante” ou “dar ciência de seu propósito” a pessoas da mesma relação jurídica. Ainda, o §2º do mesmo artigo dispõe que se aplica o disposto naquela Seção, no que couber, ao protesto judicial. Feitas estas considerações, e uma vez que prevalece a previsão genérica no Código Civil, defende-se aqui que o protesto interruptivo da prescrição ainda é uma solução plausível para aqueles que tomem ciência de terem sido atingidos por um cartel, mas pretendam esperar as decisões das autoridades.

Mesmo com essa ressalva, convém destacar que podem surgir problemas práticos na propositura deste tipo de ação. Por exemplo, à título de ilustração, a Apelação Cível nº 138867/SC trata de protesto interruptivo de prescrição relativa a futura pretensão de indenização em razão de prejuízos causados por um cartel (de fornecedores de tubos de imagem utilizados na fabricação de televisores e monitores). Contudo, foi reconhecida a incompetência da justiça brasileira para julgar medida cautelar contra empresa americana, em primeira instância, e a incompetência recursal da subseção do Tribunal de Justiça a que foi direcionado o recurso, tendo sido determinada a redistribuição do caso. Não há maiores informações no andamento processual.¹⁰²

Feitas estas considerações, percebe-se que a incerteza que paira sobre o prazo prescricional das ações de reparação civil concorrencial pode constituir relevante impedimento à sua utilização no Brasil. Por este motivo, em prol de maior segurança jurídica e na linha da evolução da teoria da responsabilidade civil, que visa aumentar a segurança conferida às vítimas, defende-se aqui que seja elaborada legislação no Brasil para aumentar o prazo prescricional das ações de reparação civil por danos causados por cartéis para no mínimo cinco anos, além de garantir que este prazo somente começará a correr a partir da ciência inequívoca da vítima, o que se dará com a publicação da decisão do CADE ou da sentença penal definitiva.

¹⁰¹ TJ-SC - AC: 138867 SC 2001.013886-7, Relator: Mazoni Ferreira, Data de Julgamento: 04/11/2004, Segunda Câmara de Direito Civil.

¹⁰² TJ-SP - APL: 11242150320158260100 SP 1124215-03.2015.8.26.0100, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 06/07/2016, 5ª Câmara de Direito Privado.

2.4. A definição da competência

Em regra, as ações de reparação civil devem ser ajuizadas no foro do lugar do ato ou fato que gerou dano, como decorre da interpretação do artigo 53, IV, do Código de Processo Civil.¹⁰³ No entanto, quando o dano decorre de delito, a ação pode ser ajuizada no foro do domicílio do autor (art. 53, V). Logo, ao menos aparentemente, a definição do foro é o tópico mais simples dentre as controvérsias existentes sobre o tema da reparação civil dos danos causados por cartéis.

De fato, a principal controvérsia reside na definição de qual o “delito” a que a legislação faz referência para permitir a propositura da ação no domicílio do autor (questiona-se se o termo empregado não busca fazer referência apenas ao ilícito penal). No entanto, como a prática de cartel também constitui crime, a discussão sobre a necessidade de o delito ser previsto na legislação penal se dissipa no caso da propositura de ações de reparação por danos causados por cartéis, podendo, no entanto, persistir para as demais condutas anticompetitivas. A tendência verificada na jurisprudência, todavia, é que se continue estendendo a competência para o domicílio do autor em caso de qualquer forma de delito, e não apenas o penal.¹⁰⁴ Assim, não cabe a este trabalho se alongar sobre a questão.

Importa destacar, no entanto, que na hipótese de intervenção, como partes ou terceiros intervenientes, da União, de empresas públicas, autarquias (como o CADE), fundações ou conselhos de fiscalização de atividade profissional, os autos deverão ser remetidos ao juízo federal (conforme prega o artigo 45 do CPC e o artigo 109, I da Constituição Federal).¹⁰⁵

Apesar de este tema ser previsto objetivamente na legislação, ainda podem surgir barreiras específicas quando se trata da reparação civil de danos concorrenciais. Como destaca Lívia Gândara, questões que podem resultar no deslocamento desnecessário dos autos e em

¹⁰³ “Competente para o julgamento da ação de reparação de danos o foro do lugar onde ocorrido o fato, regra especial prevista no art. 100, V, a, do Código de Processo Civil, que prevalece sobre a geral do art. 94 do mesmo diploma, não havendo distinguir, na hipótese, o ilícito contratual do extracontratual” (STJ-2ª Seção, CC 55.826, Min. Menezes Direito, j. 11.10.06, DJ 9.11.06).

¹⁰⁴ “Nos termos do art. 100, § ún. do CPC, pode o autor escolher o foro do seu domicílio para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito, abrangendo este tanto os de natureza penal como cível” (RSTJ 176/336: 3ª T., REsp 604.553); e também: “A norma do art. 100, V, a, § ún., do CPC (fórum commissi delicti) refere-se aos delitos de modo geral, tanto civis quanto penais” (STJ-2ª Seção, ED no AI 783.280, Min. Nancy Andrichi, j. 23.2.11, maioria, DJ 19.4.12).

¹⁰⁵ “PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPOSTA PRÁTICA DE CARTEL. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL NO FEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A competência da Justiça Federal somente será deslocada na causa em que a União, suas autarquias e suas fundações públicas participem efetivamente como autoras, ré, assistentes ou oponentes (art. 109, inc. I, da CF/88). 2. Conflito conhecido e declarada competente a Justiça Estadual”. (STJ - CC: 34977 SP 2002/0045067-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/02/2003, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07.04.2003 p. 215)

demora na devida prestação judicial são (i) a competência em relação à matéria, que já foi considerada como de juízo privado (direito do consumidor) e público (intervenção no domínio econômico) e (ii) se a atuação do Ministério Público Federal também desloca a competência para o juízo federal.¹⁰⁶

Em relação a este último aspecto, Roberto Pfeiffer destaca que apesar de existirem decisões divergentes, a doutrina e a maior parte da jurisprudência reconhecem que a atuação do Ministério Público Federal, como órgão da União, deve deslocar a competência para a Justiça Federal.¹⁰⁷

Destaca-se, dentre outros casos, que no julgamento de Apelação Cível envolvendo cartel de revenda de combustíveis, o TRF da 1ª Região reformou a sentença de 1º grau tanto para determinar a competência da Justiça Federal quando o Ministério Público Federal for parte quanto para reconhecer que a questão não envolve apenas relação de consumo, mas também de concorrência.¹⁰⁸

2.5. A quantificação do dano

Dentre todas as dificuldades e controvérsias já apontadas, talvez a mais significativa no que diz respeito à reparação do dano causado por cartéis seja o cálculo do dano sofrido pelos consumidores. A dificuldade reside em demonstrar como o mercado teria se comportado na ausência do acordo entre os concorrentes (portanto, em definir uma situação contrafactual para servir de comparação)¹⁰⁹, sem que com isso se imponha uma barreira significativa, ou até mesmo intransponível, em termos de tempo e esforços, para a utilização da persecução privada¹¹⁰.

Diversas são as propostas apresentadas, tanto por economistas quanto por estudiosos de *Law and Economics*, para a realização do cálculo. A doutrina internacional aponta três

¹⁰⁶ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 27.

¹⁰⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Tutela coletiva da livre concorrência**. Em: Revista de Direito do Consumidor, vol. 49, 2004. p. 16.

¹⁰⁸ Apelação Cível 0003631-44.2002.4.01.4000, TRF 1ª Região, 5º T. Sentença publicada em 17/10/2012. Também reconhecendo a competência da Justiça Federal quando o Ministério Público Federal for parte: APELREEX – Apelação/Reexame Necessário – 1623932/ SP 0051034-04.1995.4.03.6100, TRF 3ª Região. Sentença publicada em 28/05/2015.

¹⁰⁹ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 148.

¹¹⁰ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from german cartel cases**. Journal of Competition, Law & Economics, 6 (3), 595-618, 2010.

principais formas para o cálculo do dano causado por cartéis: (i) “*before and after*”; (ii) “*the yardstick*” ou “*benchmark*”; e (iii) “*the difference-in-differences*”.¹¹¹ Apesar de todas as variáveis econômicas envolvidas não serem objeto do presente trabalho, é próprio da análise aqui realizada discutir a adequação jurídica das teorias, argumentando contra ou a favor da sua aplicação.

O primeiro método, como o próprio nome indica, consiste em comparar os preços, no mesmo mercado, cobrados antes ou depois do cartel, com aqueles praticados durante a duração do conluio. O pressuposto neste cálculo é de que outras variáveis de mercado se mantiveram ao menos similares, sendo o principal fator de aumento nos preços a redução da competitividade. Utilizando-se desta técnica, é possível estimar um sobrepreço médio aplicado durante o período de duração de cartel. Depois, bastaria apenas multiplicar o valor obtido pela quantidade de produtos vendidos para obter o dano estimado, como um todo, ou pelas aquisições de um determinado consumidor, para estimar seu prejuízo particular.¹¹²

O segundo método implica na utilização de um ou mais mercados como parâmetro (ou seja, “*yardsticks*”) para comparar com o mercado que foi alvo do cartel. Por exemplo, analisa-se o comportamento dos preços em mercados envolvendo o mesmo produto, porém em regiões geográficas distintas, como em outros países, no mesmo período. Para que o cálculo se aproxime da realidade, no entanto, é essencial que se possam verificar similaridades em termos de características dos produtos, níveis de oferta e demanda, custos envolvidos, dentre outros fatores.¹¹³

Por fim, o terceiro método busca reunir os conceitos das duas fórmulas, comparando os preços praticados no mercado afetado e os preços praticados nos mercados parâmetro, antes, durante e depois do cartel (e daí o nome de “diferenças nas diferenças”). Explicando-se matematicamente, considera-se A e B como os preços praticados pelas firmas no mercado afetado pelo cartel, antes e depois da sua ocorrência, e X e Y como os preços praticados por fornecedoras do mesmo produto ou serviço em outro mercado semelhante, nos mesmos períodos. Enquanto a diferença entre A e B indica a diferença de preços antes e depois do cartel, mas inclui também outras variáveis que possam ter afetado a sua formação, a diferença nas diferenças (a diferença entre $B - A$ e $X - Y$) permite capturar qual o verdadeiro impacto do cartel (desde que, conforme já mencionado na explicação do método “*yardstick*”, as demais

¹¹¹ LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. **Estimating consumer damages in cartel cases**. Journal of Competition, Law&Economics, 11(4), 955-973, 2015. p. 963.

¹¹² Ibid. p. 964.

¹¹³ Ibid. p. 964.

características do mercado sejam similares).¹¹⁴ Portanto, este é o método mais preciso, mas também o mais complexo e que demanda maior número de informações disponíveis.¹¹⁵

Existe uma grande controvérsia quanto à possibilidade de os cartelistas utilizarem o repasse de preços como defesa no momento do cálculo dos danos (a chamada “*pass-on defense*”). A alegação é a de que os consumidores diretos passaram adiante o sobrepreço aos seus próprios consumidores e, desta forma, sofreram prejuízos inferiores ao cálculo do sobrepreço multiplicado pelo volume adquirido.

No Brasil, tendo em vista a limitação da extensão da indenização ao dano efetivamente causado, e sendo vedado o enriquecimento sem causa, Caselta defende que a *pass-on defense* deve ser aceita.¹¹⁶ De fato, não seria plausível que o condenado tivesse que reparar integralmente consumidores diretos e indiretos, devendo, pelo contrário, repará-los na medida do dano efetivamente sofrido e não repassado adiante.

Portanto, os prejuízos causados a um consumidor deveriam ser decompostos em (i) sobrepreço gerado pelo cartel; (ii) os efeitos do repasse de preços; e (iii) em um “efeito de saída”, consistente no número de vendas ou participação de mercado perdida quando o aumento de preços é repassado aos consumidores. Este último fator, que se assemelha à figura dos “lucros cessantes” no Brasil, é constantemente negligenciado, mas é especialmente relevante no caso de alguns dos cartelistas serem verticalmente integrados e não repassarem o sobrepreço às empresas do próprio grupo, de forma que as vítimas não apenas pagam valores mais elevados como também perdem ilicitamente sua própria participação de mercado. Na prática, a *pass-on defense* não pode ser aceita sem esta ressalva, sob pena de não garantir a indenização realmente devida.¹¹⁷

Como se percebe, a análise dos danos causados por cartéis em processos judiciais está sujeita a tantas restrições, sejam elas legais ou econômicas, que em consequência é necessário realizar um “*trade-off*” entre precisão e praticidade. Neste sentido, Friederiszick e Röller defendem que o procedimento adotado pelo Tribunal da Alemanha no julgamento do cartel do cimento é o mais adequado para atingir os padrões de legalidade. Este procedimento consiste em três etapas: design, aplicação e testes de robustez (*robustness checks*). A intenção de se criar

¹¹⁴ Ibid. p. 965.

¹¹⁵ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from german cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010. p. 610.

¹¹⁶ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 158.

¹¹⁷ VERBOVEN, Frank; VANDIKZ, Theon. **Cartel damages claims and the passing-on defense**. *The Journal of Industrial Economics* 0022-1821, Volume LVII, 2009.

um modelo para o cálculo do dano e da vantagem auferida é garantir que o “trade-off” seja bem compreendido e transparente para todas as partes envolvidas. Só assim é possível atingir padrões legais.¹¹⁸

O procedimento de design consiste na proposta de um método empírico para a estimação do sobrepreço, por exemplo, um daqueles já apresentados: *before-and-after*, *yardstick* ou *difference-in-differences*. Esta escolha deve tomar em conta peculiaridades de cada caso. Por exemplo, no mencionado julgamento do cartel do cimento na Alemanha, o método *yardstick* foi descartado devido à ausência de mercados para comparação, uma vez que havia uma grande probabilidade de que países próximos também tivessem sido alvos do cartel e a maioria dos outros países da Europa estava exposta a importações com preços inferiores provenientes do Leste Europeu, além de existirem consideráveis diferenças de mercado e densidade demográfica. Durante a primeira fase, outros fatores também devem ser discutidos e determinados, como o período que será considerado para a coleta dos preços.

Desta forma, a segunda fase, de aplicação, somente começa após uma profunda discussão e definição dos padrões que serão utilizados.

Finalmente, chega-se à terceira-fase, onde são aplicados testes de robustez. Estes testes consistem em permitir que as partes e seus economistas e advogados discutam os resultados, apresentem questões, e eventualmente são realizados ajustes nos resultados obtidos. Ainda assim, no caso do julgamento do cartel do cimento pela corte alemã, foi aplicado um desconto de 25% sobre o valor estimado para responder pela margem de erro gerada pela incertezas nos cálculos.¹¹⁹

É importante considerar que existe uma parcela dos danos causados pelos cartéis que não é quantificada pelo sobrepreço. Conforme já ressaltado, a prática de cartel busca aumentar os preços para patamares semelhantes aos que existiriam em uma situação de monopólio. Com isso, não apenas os consumidores diretamente afetados (pela aquisição do produto mais caro), mas também aqueles que deixam de adquirir o produto restam prejudicados. Isto é tratado pela doutrina como “ineficiência alocativa” ou “peso morto”. Na prática, o cartel aumentou a escassez, prejudicando o bem-estar do consumidor e da sociedade como um todo, sem criar nenhum benefício em troca (por exemplo, incrementos de qualidade ou inovação).¹²⁰

¹¹⁸ FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from german cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 607.

¹²⁰ LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 *Loy. Consumer L. Rev.* 329, 2004.

No Brasil, percebe-se pelos estudos realizados que a principal forma de reparar os danos não patrimoniais causados por cartéis é através da indenização dos danos morais coletivos.¹²¹

Não vige no país o critério do tarifamento, que tem o problema de permitir à avaliação do custo-benefício da prática de um ilícito.¹²² Neste sentido, deve ser feito um arbitramento pelo juiz, de acordo com artigo 946 do Código Civil e o 509 do Código de Processo Civil. No entanto, quantificar o dano moral é outro tema de extrema complexidade, ante à falta de critérios uniformes e definidos para a sua estimação.

Carlos Roberto Gonçalves aponta que existiam recomendações para o arbitramento dos danos morais na revogada Lei de Imprensa¹²³ que continuam a ser aplicadas na generalidade dos casos. Assim, devem ser levadas em conta a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor; bem como as circunstâncias que envolveram os fatos. Não é raro que os juízes se utilizem de peritos para o arbitramento da indenização¹²⁴, o que pode ser especialmente necessário em casos que exigem complexas análises econômicas, como é o caso dos cartéis.

Fábio Ulhôa, por sua vez, defende que o padrão geral para o arbitramento deverá ser a intensidade da dor, seguindo pela análise dos precedentes jurisprudenciais. Depois, deverá o juiz verificar se cabe algum fator atenuante, como reduzido grau de culpa ou concorrência da vítima, o que não se aplica no caso da reparação dos danos causados por cartéis. O autor destaca que o juiz não deve dar importância acentuada às condições econômicas dos sujeitos, de forma que não deve considerar se a sua decisão vai enriquecer muito ou pouco o indenizado.¹²⁵

De forma geral, a fase de liquidação parece ser essencial para o cálculo dos danos morais sofridos por cartel, ocasião em que também podem ser calculados os danos patrimoniais. No entanto, a ausência de parâmetros que se constata nas decisões do Poder Judiciário brasileiro impede que as indenizações se aproximem do valor real dos danos causados à sociedade e prejudica a aplicação da correta reparação civil.¹²⁶

¹²¹ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 31.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²³ Lei nº 5.250/2007, julgada incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal em 30/04/2009.

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 371.

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 859-860.

¹²⁶ CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

Além disso, deve se reconhecer que a liquidação no caso de ações de reparação civil por danos causados por cartéis, ao contrário de processos convencionais, parte de valores obtidos através de estimativas e teorias econômicas, conforme já demonstrado, de forma que tem especial relevância a fase de convencimento do juiz de que a metodologia aplicada foi legítima e adequada, além de suficientemente embasada em provas.¹²⁷ A questão de obtenção destas provas é o que se passa a estudar adiante.

2.6. A prova e seu ônus

Tanto uma pretensão alegada em juízo, pelo autor, quanto a sua resistência, oferecida pelo réu, serão invocadas com base em fatos. A estes fatos, o juiz dedicará sua atenção e buscará extrair uma solução ao litígio que seja a mais adequada ao direito. No entanto, conforme ressaltado por Humberto Theodoro Júnior, não basta às partes alegar os fatos, mas sim comprovar a sua verdade. Para o processualista, a prova pode ser conceituada em dois sentidos: um *objetivo*, como o instrumento hábil a demonstrar a existência de um fato; e outro, *subjetivo*, como a “certeza”, a convicção de que um fato ocorreu, em virtude da produção do instrumento probatório. É por isso que é possível produzir diversos “instrumentos probatórios” no processo, como uma variada gama de documentos, testemunhas, depoimentos, e ainda assim não *provar* a existência da pretensão.¹²⁸

O ônus da prova, em regra, é do autor, quando busca comprovar a existência do seu direito, e do réu, quando tenta apresentar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos deste alegado direito, conforme expressamente previsto no artigo 373 do Código de Processo Civil.

Ocorre que há situações na qual o autor está em condição de hipossuficiência frente ao demandado ou até mesmo impossibilitado de obter ou produzir as provas necessárias para a propositura da sua ação, como é o caso de estas estarem em poder do futuro réu ou demandarem gastos elevados.¹²⁹ Assim, o ônus poderá ser invertido. Esta situação está prevista no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII, quando estabelece como direito básico do consumidor a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova”.

¹²⁷ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 186.

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 452.

¹²⁹ “A inversão ou não do ônus da prova [...] depende da análise de requisitos básicos (verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor), aferidos com base nos aspectos fático-probatórios peculiares de cada caso concreto” (STJ-4ªT, REsp 284.995, Min. Fernando Gonçalves, j. 26.10.04, DJU 22.11.04).

A hipossuficiência como requisito para a concessão da inversão não deve ser entendida como mera situação de inferioridade econômico-social. Pelo contrário, trata-se de situação de desigualdade quanto à produção da prova técnica, conforme reconhece o STJ.¹³⁰

Percebe-se que este muitas vezes é o caso nas ações de reparação civil por práticas anticompetitivas. O pleiteante ao ressarcimento deverá demonstrar, como visto, além da prova do cometimento do ilícito, também a mensuração do dano sofrido e o nexo de causalidade entre estes. A própria natureza do cartel, de difícil identificação e comprovação até mesmo pelas autoridades antitruste, além da dificuldade de se calcular o sobrepreço aplicado nos produtos ou serviços, é um exemplo claro de dificuldade de obtenção de provas. Por isto, entende-se que a aplicação muito literal da regra processual poderia desestimular significativamente a propositura de ações desta natureza.¹³¹ Isto se deve ao fato de que são muito mais acessíveis, para as empresas acusadas, os dados relativos à formação e evolução de seus preços, ao número de vendas, aos clientes e contratos.

Além disso, levando-se em conta que os potencialmente prejudicados pela prática do cartel tendem a ter conhecimento do dano apenas muitos anos depois, a partir da instauração de julgamento de processos pelo CADE, e estando sempre sujeitos ao peso da prescrição,¹³² é evidente que para permitir à sociedade a utilização deste importante instituto o julgador deverá ser sensível às suas peculiaridades.

Para se ter uma dimensão da dificuldade de comprovação da ocorrência de cartéis, cabe mencionar que, em âmbito administrativo, a jurisprudência do CADE é pacífica no sentido de ser possível condenar com base em indícios, desde que estes sejam coerentes, concatenados e aptos a ensejar a certeza exigida para condenação.¹³³

Marcelo Santos propõe que, para superar este impedimento e viabilizar as ações de reparação por danos causados por cartéis, o juiz, verificando as condições no caso concreto

¹³⁰ “A hipossuficiência a que faz remissão o referido inciso VIII deve ser analisada não apenas sob o prisma econômico e social, mas, sobretudo, quanto ao aspecto da produção de prova técnica” (STJ-RDDP 68/139: 3ª T., REsp 915.599).

¹³¹ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. **Ônus da prova na ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial**. Revista dos Tribunais | vol. 959/2015 | p. 87 – 121, 2015.

¹³² MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. 2017. p. 36.

¹³³ Segundo a Conselheira Ana Frazão: “mostra-se fundamental o recurso a provas indiciárias e circunstanciais que, ainda que de forma indireta, sejam capazes de constituir um conjunto suficientemente robusto para gerar um convencimento por parte da autoridade julgadora no sentido da configuração do ilícito. Sem o recurso a provas dessa natureza, a legislação repressiva acabaria por se tornar de todo inefetiva, deixando passar incólumes práticas altamente lesivas à economia e aos consumidores”. (PA nº 08012.004039/2001-68, julgado em 22/05/2013). Ver também: Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 (julgado em 28/05/2014); Processo Administrativo nº 08012.001020/2003-21 (julgado em 29/10/2014); Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07 (julgado em 10/12/2014) e Processo Administrativo 08012.010932/2007-18 (julgado em 25/02/2015).

(com base no CDC), utilize três ferramentas: (i) a inversão do ônus da prova; (ii) a distribuição dinâmica do ônus da prova; e (iii) solicite ao CADE ou ao juízo criminal o fornecimento de informações – a chamada “prova emprestada”. Santos, ainda, ressalta que a previsão legal expressa da inversão do ônus da prova para algumas situações jurídicas não impede sua aplicação para as demais, desde que o juiz pondere as peculiaridades do caso que se apresenta.

134

A inversão do ônus da prova já foi discutida. Já a distribuição dinâmica do ônus da prova refere-se à possibilidade de que, conforme o andamento do processo, o juiz encarregue a produção da prova pela parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa ou maior facilidade para a sua demonstração. Esta definição se extrai das lições de Humberto Theodoro Júnior, que ainda destaca que o sistema de partilha do ônus da prova previsto no Código de Processo Civil é demasiado estático e rígido para a experiência da vida, e especialmente nas ações de responsabilidade civil. O autor ainda aponta que não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas sim de complementá-lo a partir da inspiração nos princípios do processo justo, da verdade real, da boa-fé e da lealdade.¹³⁵

Evidente que o abrandamento do ônus da prova depende de condições particulares do caso concreto - por exemplo, deve ser possível um juízo de verossimilhança a partir da prova incompleta já produzida; e da observância de certos requisitos. Neste sentido, a parte que for encarregada com o ônus não deverá comprovar o direito adversário, mas tão somente esclarecer o fato controvertido; a prova redirecionada deverá ser possível; e a redistribuição não poderá ser uma surpresa para a parte.¹³⁶

Em suma, em um caso de reparação civil por casos de cartel, desde que o autor consiga demonstrar a verossimilhança do seu direito, cabe ao juiz, percebendo a maior capacidade do réu de produzir a prova necessária para a obtenção da verdade real, redirecionar este ônus.

Por fim, a solicitação de provas pelo juiz do caso ao CADE ou ao juízo criminal é totalmente possível e se insere no poder de instrução de juiz, previsto no artigo 370 do Código de Processo Civil e que determina: “*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*”. O artigo 372 do mesmo diploma também prevê, no mesmo sentido, que: “*O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o*

¹³⁴ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. *Op. cit.*

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 462-464.

¹³⁶ *Ibid.* p. 463-464.

contraditório”. De fato, já se constatou que a obtenção de provas produzidas na seara administrativa ou penal pelos interessados na reparação civil dependerá em grande medida da atuação judicial.

Ressalte-se, neste aspecto, tentativa da empresa Gol Linhas Aéreas S.A de ingressar como terceira-interessada em Processo Administrativo instaurado para apurar cartel no mercado de câmbio de moeda estrangeira, entendendo que pode ter sido afetada e visando obter vistas integrais do processo para fundamentar sua ação antes que ocorra a prescrição da pretensão. O pleito foi indeferido, segundo a Superintendência-Geral do CADE, porque não houve atendimento aos requisitos constantes no artigo 50 da Lei nº 12.529/2011¹³⁷ e porque a empresa teria acesso aos autos públicos do Processo Administrativo independente da sua habilitação.

Neste sentido, a Superintendência-Geral ressaltou que, durante o curso das investigações, parte das informações ficará restrita mesmo para os interessados em ações de reparação.¹³⁸ Entende-se, no entanto, que a decisão da Superintendência-Geral é conservadora (apesar de estar de acordo com a proposta de Resolução do CADE para tratar do compartilhamento de provas e informações com partes interessadas na reparação civil - o que somente ocorrerá em situações específicas, incluindo determinação judicial). Desta forma, verifica-se a importância de o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a obtenção destas provas se forem essenciais para o deslinde da ação.¹³⁹

A prova emprestada, por sua vez, tem recebido cada vez mais prestígio no âmbito da jurisprudência do processo civil. Neste sentido, é comum que se limite a sua obtenção aos casos em que as mesmas partes figurarem no outro processo.¹⁴⁰ No entanto, uma visão mais liberal vem destacando que a correta limitação diz respeito à necessidade de a prova ser submetida à ampla defesa e contraditório, independente da identidade das partes, sob pena de se restringir injustificadamente a sua aplicação.¹⁴¹

¹³⁷ Ou seja: (i) se tratar de terceiro com direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou (ii) ser legitimado à propositura de ação civil pública nos termos da Lei nº 8.078/1990.

¹³⁸ Nota Técnica nº 29/2017/CGAA8/SGA2/SG/CADE no Processo Administrativo nº 08700.004633/2015-04.

¹³⁹ “*Eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 458.

¹⁴⁰ STJ-RF 394/345: 3ª T., REsp 836.158.

¹⁴¹ Neste sentido: “*Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade*” (STJ – Corte Especial, ED no REsp 617.428, Min. Nancy Andrighi, j. 4.6.14, DJ 17.6.14).

Por fim, uma questão que se coloca é a qualidade das decisões penais e administrativas como vinculantes para o juízo cível. De fato, as ações de reparação podem ocorrer tanto antes de investigações ou decisões por parte das autoridades quanto depois. Neste aspecto, são reconhecidas como “*Stand-alone suits*” ou “*Follow-on suits*”, respectivamente.

No ordenamento brasileiro, a sentença penal condenatória é vinculante na esfera civil em relação à materialidade (existência do fato) e autoria (de acordo com o artigo 935 do Código Civil). Assim, após tal sentença, caberia aos interessados na reparação privada apenas discutir o dano e o nexo causal ¹⁴²

Além disso, as decisões do CADE são consideradas títulos executivos judiciais, conforme prescreve o artigo 93 da Lei nº 12.529/2011. Por este motivo, Gaban defende que as condenações criam prova concreta do prejuízo sofrido pelo demandante no âmbito judicial, assim como as celebrações de Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação. Desta forma, se dispensaria na esfera civil o processo de conhecimento (identificação do ato ilícito, autoria, dano e nexo causal). ¹⁴³

Daniel Caselta, por sua vez, discorda deste entendimento, ao ressaltar o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, expresso no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, e o teor do artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que estabelece que a reparação civil é independente dos procedimentos administrativos. No entanto, reconhece que tanto a jurisprudência quanto a doutrina não são pacíficas neste sentido. Por isto, existe também quem defenda que seja realizada alteração constitucional para definir que a decisão do CADE seja vinculante quanto à existência de infrações contra a ordem econômica. ¹⁴⁴

Uma produção legislativa neste sentido estaria de acordo com as melhores práticas internacionais, como se verá no tópico seguinte, e também contribuiria para incentivar e facilitar a propositura de ações de reparação civil no Brasil. De toda forma, cabe ressaltar que uma decisão da autoridade da concorrência, além de gerar a expectativa de os autores receberem indenizações mais elevadas, também torna a defesa para os acusados mais difícil. Neste sentido, é possível que aumentem a possibilidade de serem realizados acordos extrajudiciais ou buscados outros meios de solução consensual. ¹⁴⁵

¹⁴² CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 120-121.

¹⁴³ GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 283.

¹⁴⁴ CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 123-124.

¹⁴⁵ PEYER, Sebastian. **Cartel members only – revisiting private antitrust policy in Europe**. 60 Int'l & Comp. L.Q. 627, 2011.

CAPÍTULO 3: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL COM A REPARAÇÃO CIVIL CONCORRENCIAL

Como foi demonstrado, a reparação civil concorrencial no Brasil ainda está em desenvolvimento. Diversos tópicos devem ser melhor esclarecidos antes que o *private enforcement* do antitruste se torne uma realidade no país, atingindo ao mesmo tempo transparência, praticidade, precisão e efetividade.

Neste sentido, essencial que se faça uma análise da experiência internacional com a matéria. Especialmente, analisa-se brevemente, a seguir, a situação da reparação concorrencial nos Estados Unidos, onde a prática de buscar a reparação dos danos causados por cartéis já é consolidada, e na União Europeia, onde recentemente se reconheceu a importância destas ações e se instauraram recentemente diretivas para orientar a busca pela reparação.¹⁴⁶

É evidente que a diferença nos ordenamentos jurídicos não permite transferir a experiência internacional diretamente para o cenário brasileiro, sem ressalvas. Apesar disso, além de nos espelhar nos sucessos do combate aos cartéis nos Estados Unidos, a realidade da reparação civil concorrencial na União Europeia se assemelha muito à brasileira (no sentido de estar em desenvolvimento e buscando estabelecer diretrizes claras) e, portanto, seu estudo pode contribuir para o avanço da reparação dos danos causados por cartéis no Brasil.

3.1. A Reparação Concorrencial nos EUA

A situação da reparação concorrencial nos Estados Unidos é muito diferente da do Brasil, conforme mencionado no início deste trabalho. A principal forma de repressão dos cartéis nos EUA é a persecução civil, sendo que os valores recuperados aos consumidores muitas vezes superam as multas impostas em condenações pelo U.S Department of Justice (“DOJ”).¹⁴⁷

Nos Estados Unidos, a possibilidade de reparação civil por danos causados por infrações concorrenciais está prevista no *Clayton Act* (título 15 do U.S. Code, § 15). De acordo com este dispositivo, qualquer pessoa lesada em seus negócios ou em sua propriedade, por qualquer atividade proibida nas leis antitruste, pode acionar o infrator no distrito em que este tenha

¹⁴⁶ GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279.

¹⁴⁷ BAER, Bill. **Public and Private Antitrust Enforcement in the United States**. Department of Justice: Remarks as Prepared for Delivery to European Competition Forum, 2014. p. 4.

residência, tendo a vítima o direito de receber três vezes os danos sofridos (*threefold damages*), além de custas e honorários.¹⁴⁸

Existe controvérsia quanto à reparação dos danos em triplo, uma vez que a possibilidade de indenizações milionárias cria incentivos amplos para o ajuizamento de ações (tendo, inclusive, causado um verdadeiro “*litigation boom*” nos Estados Unidos). Além disso, alguns autores apontam que o atual nível das indenizações é demasiadamente alto, resultando em “*overdeterrence*”. Por exemplo, James Eiszner defende uma alteração no modelo norte-americano ao menos para os casos em que também houver persecução pública, já que a soma dos custos com multas e indenizações, se for muito alta, será invariavelmente repassada aos consumidores e, em último caso, reduzir o bem-estar geral destes.¹⁴⁹

No entanto, Robert Lande defende a aplicação de indenizações múltiplas com base no fato de que nem todas as infrações são detectadas e provadas. Desta forma, condenações que não sejam múltiplas geram a possibilidade de que infratores considerem o custo-benefício da prática anticoncorrencial, uma vez que esta pode não ser detectada e, se for, irá resultar apenas na devolução do lucro ilícito auferido. Lande também argumenta que, na realidade, as indenizações nos EUA tendem a ser na verdade “*single damages*”, quando consideramos que os cartéis duram vários anos, levam tempo para serem detectados e provados, afetam o bem-estar de consumidores muito além do sobrepreço e ainda geram “efeitos guarda-chuva” ao influenciarem o aumento dos preços mesmo por não-participantes do conluio.¹⁵⁰

A reparação em triplo já está tão enraizada no ordenamento norte-americano que sua importância já foi ressaltada pela Suprema Corte dos Estados Unidos quando estabeleceu que o objetivo desta previsão é encorajar as ações privadas de forma a complementar os limitados recursos disponíveis ao *Department of Justice* para defender a aplicação das leis antitruste.¹⁵¹

Além da possibilidade de reparação em triplo, as regras estabelecidas para o Processo Civil no país (“*Federal Rules of Civil Procedure – FRCP*”) facilitam a utilização das ações privadas em relação ao ônus da prova, ao definirem amplos direitos de “*discovery*”, ou seja, coleta de provas e depoimentos, e permitirem que um pequeno número de autores ajuíze ações

¹⁴⁸ Como exceção, o U.S. Code estabelece que Estados estrangeiros terão direito a receber apenas os danos efetivamente sofridos, salvo em alguns casos (15 U.S.C § 15, b).

¹⁴⁹ EISZNER, James R. **Antitrust Civil Damages Remedies: The Consumer Welfare Perspective**. 2006.

¹⁵⁰ Neste sentido: “*treble damages lead to greater attention by firms to the possible antitrust consequences of their actions. This leads to fewer violations. Even if “treble damages,” when examined properly, are really single damages, if a firm thinks they might have to pay treble damages, this could deter them from engaging in anticompetitive conduct. Single damages combined with an unknown and uncertain, but significantly less than 100% probability of detection and litigation would provide a positive incentive to violate the law*” (LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004).

¹⁵¹ Reiter v. Sonotone Corp. 442 U.S. 330 (1979).

coletivas. A maioria dos advogados atua com base em honorários condicionais (*contingent fees*) que só serão pagos após a obtenção da indenização, seja no Tribunal ou por meio de um acordo, de forma que a parte não incorre em grandes custos para iniciar a ação.¹⁵²

As regras de amplo *discovery*, por sua vez, permitem que sejam ajuizadas ações de reparação concorrenciais mesmo com poucas evidências para embasar o pleito. Antes do processo, as partes envolvidas podem obter informações e documentos que estejam na posse da outra ou de terceiros, a partir de ordens judiciais, o que também inclui interrogatórios registrados por escrito.¹⁵³

A Superintendência-Geral do CADE destaca a singularidade das normas norte-americanas, que resultam na inversão do ônus da prova nas ações de reparação concorrenciais. Neste sentido, aponta a SG que os participantes da infração concorrencial, incluindo os beneficiários de Acordos de Leniência, têm o dever legal de disponibilizar documentos e informações relevantes nas ações judiciais caso assim seja solicitado pelo tribunal.¹⁵⁴

No entanto, recentemente, o DOJ tem buscado agressivamente garantir “*discovery stays*”, prática em que tem obtido sucesso. Trata-se de um instrumento processual que visa proteger a integridade das investigações de cartel pelo não compartilhamento de documentos ou pela suspensão da colheita de depoimentos no processo civil até que as primeiras sejam concluídas.¹⁵⁵

Há quem defenda que, apesar da necessidade de salvaguardar a integridade dos procedimentos criminais, esta prática pode interferir de forma injusta nas ações privadas de reparação. Neste sentido, considera-se que o passar do tempo apaga memórias e torna testemunhas e registros inacessíveis, além de prejudicar a descoberta de outras infrações que prejudicaram os litigantes civis. Assim, melhor seria apenas impor limites ao *discovery*, com o DOJ fornecendo listas de testemunhas cujos depoimentos poderiam prejudicar o *enforcement* público, por exemplo.¹⁵⁶

¹⁵² MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases.** The Antitrust Review of the Americas 2007, Global Competition Review.

¹⁵³ OECD. **Relationship between public and private antitrust enforcement – United States.** DAF/COMP/WPR3/WD, 2015.

¹⁵⁴ Segundo a SG: “*a questão que se coloca nos Estados Unidos é menos sobre se as partes ou terceiros interessados terão acesso aos materiais de Acordos de Leniência e plea agreements, mas a quem e quando esse acesso será concedido*”. (SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil.** 2016. p. 2).

¹⁵⁵ Ibid. p. 2.

¹⁵⁶ LERNER, Kellie. FRIEDMAN, Elizabeth. **DOJ stays are often unfair to private antitrust plaintiffs.** 2014.

As ações privadas que tem como fundamento cartéis tendem a ser levadas ao tribunal como ações coletivas (*class actions*), nos termos da Regra 23 do FRCP, o que permite a busca por reparação quando os danos causados forem relevantes, mas, caso individualmente considerados, não forem suficientes para justificar o ajuizamento por um ou poucos particulares. Neste aspecto, a maior parte das ações coletivas inclui todos os consumidores da classe afetada automaticamente, possibilitando àqueles que não querem, ou desejam buscar reparação individualmente, apenas uma opção de “*opt out*”.¹⁵⁷

Outra diferença em relação ao Brasil é que nos Estados Unidos a legitimidade para propositura de ações se limita aos que estiveram envolvidos diretamente na relação jurídica com o infrator. Este entendimento, conhecido como “*Illinois Brick Doctrine*”, deriva de decisão da U.S. Supreme Court em 1977 (*Illinois Brick Co. v. Illinois*), envolvendo fabricantes de concreto. A tendência, no entanto, é que esta posição ceda a posições doutrinárias divergentes¹⁵⁸, assim como ao menos 29 Estados norte-americanos já aprovaram leis divergentes que permitem aos compradores indiretos buscarem reparação ou, alternativamente, permite ao Attorney General buscar a reparação em benefício dos consumidores.¹⁵⁹

Neste sentido, a Comissão de Modernização Concorrencial dos EUA apresentou relatório ao congresso norte-americano opinando pela desconsideração da *Illinois Brick Doctrine*, desde que o valor da reparação não exceda o máximo permitido – três vezes o valor do prejuízo financeiro causado, que deve ser repartido de forma proporcional entre os proponentes.¹⁶⁰

Cabe ressaltar que a *pass-on defense* não é aceita nos Estados Unidos, de forma que o cartelista necessariamente terá que indenizar todo o sobrepreço auferido. Daniel Caselta aponta que esta é uma opção pragmática, de forma a simplificar a instrução probatória e contribuir para a efetividade da repressão.¹⁶¹ No entanto, seguindo esta tendência de permitir aos consumidores

¹⁵⁷ OECD. **Relationship between public and private antitrust enforcement – United States**. DAF/COMP/WPR3/WD, 2015.

¹⁵⁸ GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues – 3**. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280.

¹⁵⁹ MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. The Antitrust Review of the Americas 2007, Global Competition Review.

¹⁶⁰ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. **Report and Recommendations, Chapter III – Civil and Criminal Remedies**, 2007. p. 267.

¹⁶¹ CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 156.

indiretos buscar reparação, a questão da *pass-on defense* deverá voltar à tona das discussões nos Estados Unidos.¹⁶²

Outro ponto que cabe ressaltar é que, apesar de o DOJ não atuar diretamente como assistente nas ações de reparação civil, suas decisões pela condenação consistem evidência “*prima facie*” contra os réus - nos termos do 15 U.S.C § 16 (a), o que na prática significa que os autores precisam provar apenas o dano e quantificá-lo para obter a indenização.¹⁶³

Por fim, cabe ressaltar que as regras norte-americanas que tratam da reparação civil tornam os réus solidariamente responsáveis. Em outras palavras, todos respondem pela totalidade dos danos. Estas regras já foram alvo de críticas porque permitem que alguns dos autores celebrem acordos com os réus em momentos iniciais do processo por quantias pequenas, tornando os demais réus, que não chegarem a um consenso, responsáveis por todo o restante (em triplo).

Na prática, cria-se uma “corrida” por acordos, além de deixar infratores que tiveram participação pequena na conduta com uma responsabilidade desproporcional. Por isto, a Comissão de Modernização Concorrencial também sugeriu que sejam criadas regras para permitir que os réus que não celebrarem acordos possam ter o tamanho dos valores a serem pagos reduzido pelos valores já acordados ou levando-se em conta o tamanho da responsabilidade daqueles que entraram em acordos.¹⁶⁴

3.2. A Reparação Concorrencial na União Europeia

A propositura de ações de indenização por condutas anticompetitivas na Europa ainda é incipiente, se comparada, por exemplo, com os Estados Unidos. Assim como no Brasil, entende-se que os prejudicados por cartéis na União Europeia enfrentam diversas barreiras para a propositura de ações de reparação civil.¹⁶⁵ Dentre as dificuldades enfrentadas pelos interessados estão: (i) as ações devem ser propostas em âmbito nacional e não comunitário, o que envolve a compreensão de uma diversidade de sistemas jurídicos e suas peculiaridades; (ii) há obstáculos legais e processuais, por exemplo, a necessidade de serem produzidas complexas

¹⁶² BELLIA, Marco. “**Passing on**” Defense in Antitrust Litigation: Preliminary Notes for a General Analysis. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2226759>>.

¹⁶³ BAER, Bill. **Public and Private Antitrust Enforcement in the United States**. Department of Justice: Remarks as Prepared for Delivery to European Competition Forum, 2014. p. 4.

¹⁶⁴ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. **Report and Recommendations, Chapter III – Civil and Criminal Remedies**, 2007. p. 244.

¹⁶⁵ PEYER, Sebastian. *Cartel members only – revisiting private antitrust policy in Europe*. 60 Int’l & Comp. L.Q. 627, 2011.

análises econômicas (como o cálculo do chamado “peso morto”); (iii) há dificuldade de obtenção de provas; (iv) é necessário ponderar os riscos de propositura e a eventual indenização; além de outras.¹⁶⁶

No entanto, percebe-se um crescente esforço das autoridades europeias para garantir a possibilidade e a efetividade das ações privadas, o que resultou na aprovação de uma Diretiva sobre o assunto, aprovada pelo Parlamento Europeu em 17 de abril de 2014 (*Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions*).¹⁶⁷

A seguir são apresentados, resumidamente, os principais pontos de destaque tratados por esta regulamentação, que visa facilitar a reparação civil e ao mesmo tempo regulamentar a interação entre a persecução privada e pública das infrações contra a ordem econômica.

As ações concorrenciais privadas na União Europeia se baseiam nos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).¹⁶⁸ De acordo com a Diretiva, tais artigos produzem efeito nas relações entre os particulares e geram a possibilidade de que qualquer pessoa, sejam consumidores, empresas ou autoridades públicas, peçam indenização junto aos diferentes tribunais nacionais pelos danos sofridos por práticas anticompetitivas.

Em relação ao cálculo dos danos, a Diretiva estabelece, em seu artigo 3º, que a infração ao direito da concorrência permite aos particulares afetados pedir a reparação integral (portanto abrangendo danos emergentes, lucros cessantes e pagamento de juros). No entanto, esta não poderá conduzir à “reparação excessiva”, por exemplo, indenizações punitivas ou múltiplas.

No artigo seguinte, a Diretiva determina que os Estados-Membros da União Europeia deverão assegurar regras e processos nacionais que sejam concebidos e aplicados “de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito” à reparação. Neste sentido, as regras que regem a indenização por danos decorrentes de práticas anticompetitivas não poderão ser menos favoráveis do que aquelas que regem outros tipos de indenização.¹⁶⁹

¹⁶⁶ GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279.

¹⁶⁷ THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions**. Versão original em inglês disponível em < <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 28/05/2017.

¹⁶⁸ “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 [...]”.

“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”.

¹⁶⁹ Artigo 4º da Diretiva 2014/104/UE.

Em relação às provas, a Diretiva determina que os Estados-Membros assegurem que os seus respectivos tribunais possam ordenar a divulgação de elementos de prova sob controle do réu ou de terceiros, desde que em face de uma justificativa fundamentada e na presença de elementos que corroborem a plausibilidade do pedido de indenização. Importante ressaltar que os tribunais nacionais deverão ter competência para ordenar a divulgação de informações confidenciais quando forem relevantes para as ações de indenização, mesmo aquelas incluídas em processos de autoridades de defesa da concorrência, desde que realizada a devida ponderação. Neste sentido, o pedido deverá ser específico em relação à natureza, ao objeto ou ao conteúdo, deverá estar relacionado a uma ação de indenização e não poderá prejudicar a efetividade da repressão pública. Além disso, alguns elementos só poderão ser divulgados após a decisão final da autoridade, como as informações preparadas especificamente para o processo e as propostas de transação revogadas. Em nenhum momento poderá ser ordenado o acesso às declarações de leniência ou aos compromissos de cessação, o que implica na maior proteção ao programa de leniência criado pela autoridade da concorrência.¹⁷⁰

Para assegurar a obtenção das provas, os Estados-Membros deverão assegurar a possibilidade de seus tribunais nacionais imponham sanções “efetivas, proporcionais e dissuasivas” em caso de descumprimento da ordem ou destruição de elementos de prova.¹⁷¹

Um ponto interessante estabelecido na Diretiva é o de que as decisões definitivas das autoridades da concorrência de cada Estado-Membro deverão valer como irrefutáveis para efeitos das ações de indenização em seu território. Decisões de autoridades de outros Estados-Membros deverão valer, ao menos, como elemento de prova *prima facie*.¹⁷²

Em relação à prescrição, a Diretiva estabelece que o prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração e antes do demandante ter conhecimento, ou ser possível presumir que este teve conhecimento, (i) do comportamento em causa e que este constitui infração ao direito da concorrência; (ii) do fato de a infração ter-lhe causado dano; e (iii) da identidade do infrator. Além disto, o prazo de prescrição deverá ser de no mínimo cinco anos em cada Estado-Membro. Este prazo será suspenso ou interrompido, em cada caso, se a autoridade da concorrência iniciar investigação ou processo relativo à infração objeto da ação de reparação. Esta suspensão somente termina, no mínimo, um ano depois da decisão definitiva da autoridade ou da conclusão do processo de outro modo.¹⁷³

¹⁷⁰ Artigos 5º, 6º e 7º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷¹ Artigo 8º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷² Artigo 9º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷³ Artigo 10º da Diretiva 2014/104/UE.

A Diretiva determina que as empresas infratoras serão solidariamente responsáveis pelos danos causados, ficando obrigadas a reparar integralmente os danos e permitindo que o lesado exija a reparação de qualquer uma delas, salvo algumas exceções. Neste sentido, pequenas e médias empresas (PME) poderão não ser responsabilizadas solidariamente se possuírem participação de mercado inferior a 5% durante o período da infração e se a aplicação das regras gerais de solidariedade for capaz de prejudicar irremediavelmente a sua viabilidade econômica. A PME não possui tal proteção, no entanto, caso (i) tenha liderado o cartel; ou (ii) seja reincidente em infrações concorrenciais; e (iii) perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos indiretos, ou se não puder ser obtida a reparação integral através das outras empresas implicadas.¹⁷⁴

A chamada *passing-on defense* é admitida na União Europeia. Assim, o réu poderá alegar que o sobrepreço foi repassado pelo consumidor direto aos seus próprios consumidores e demais membros da cadeia. No entanto, é do réu o ônus de provar o repasse do sobrepreço (. Esta previsão está em linha com a intenção de evitar a reparação excessiva, uma vez que, mesmo consumidores diretos e indiretos podendo buscar indenização, devem ser levados em conta os danos repassados aos outros níveis da cadeia. De toda forma, é possível que o lesado alegue também lucros cessantes devido ao repasse do sobrepreço. Quanto aos consumidores indiretos, é deles o ônus da prova de terem sido lesados pelo repasse, ao demonstrar que houve uma infração concorrencial, que seu fornecedor teve custos adicionais devido a isso e que adquiriu os bens afetados pela infração.¹⁷⁵

Visando assegurar que ações oriundas de diferentes níveis da cadeia de produção não gerem indenizações múltiplas ou ausência de responsabilidade do infrator, a Diretiva estabelece que os tribunais nacionais deverão tomar em consideração todas as ações relacionadas à mesma infração ou informações relevantes do *public enforcement* do direito antitruste.¹⁷⁶

Como se viu, um dos maiores desafios à propositura de ações de reparação por danos causados por cartéis consiste na quantificação dos danos sofridos. Neste aspecto, a Diretiva ressalta que os Estados-Membros deverão assegurar que esta etapa não torne a propositura praticamente impossível. Assim, haverá presunção relativa de que os cartéis causam danos e os tribunais nacionais deverão ser capazes de estima-los se for impossível ou excessivamente

¹⁷⁴ Artigo 11º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷⁵ Artigos 12º, 13º e 14º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷⁶ Artigo 15º da Diretiva 2014/104/UE.

difícil precisá-los. A pedido do tribunal nacional, a autoridade de defesa da concorrência poderá ser chamada a prestar assistência neste aspecto.¹⁷⁷

Outro ponto inovador e que merece ser ressaltado na Diretiva é que as tentativas de resolução amigável das disputas deverão suspender os prazos prescricionais das ações de reparação para as partes envolvidas. Além disso, como forma de incentivar os métodos consensuais, a Diretiva estabelece que a autoridade da concorrência poderá considerar os valores transacionados como atenuantes na dosimetria de possíveis multas pela infração.¹⁷⁸

A Diretiva em análise deveria ter sido implementada nos ordenamentos legais de todos os Estados-Membros até 27 de dezembro de 2016, sendo certo que ao menos 20 Estados-Membros já o fizeram completamente (incluindo França, Alemanha, Itália, Espanha, Reino Unido e outros) e outros estão em processo de conclusão.¹⁷⁹ É de se imaginar que, com isso, o número de ações de reparação civil dos danos causados por cartéis experimente um relevante crescimento na União Europeia, em face da maior clareza na regulamentação e devido à diminuição de entraves para sua propositura.

Em complemento, a Comissão Europeia passou a fornecer recomendações e guias sobre diversas matérias que envolvem a reparação civil concorrencial, por exemplo ações coletivas e quantificação dos danos. A Comissão também se comprometeu a publicar guias sobre a questão do repasse de sobrepreços e a prover assistência para os tribunais nacionais por meio de treinamentos para os juízes a respeito das leis antitruste.¹⁸⁰

Considerando que a União Europeia vive um momento semelhante ao do Brasil no que concerne à busca por tornar o mecanismo de reparação civil mais transparente, eficiente e atrativo, as disposições normativas aqui analisadas contribuem sobremaneira para o presente estudo e para estudos subsequentes.

¹⁷⁷ Artigo 17º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷⁸ Artigo 18º da Diretiva 2014/104/UE.

¹⁷⁹ EUROPEAN COMMISSION. **Transposition of the Directive in Member States**. 10.05.2017. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>

¹⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION. **Towards more effective antitrust damages actions in Europe**. 17.05.2017. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>>

CAPÍTULO 4: DESAFIOS E EXPECTATIVAS PARA A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

A reparação civil concorrencial passa por um momento de fortalecimento e reestruturação, tanto no Brasil quanto no exterior. Em nosso país, especialmente devido à consolidação da persecução pública dos cartéis, abriu-se maior espaço para discussão e análise também da persecução privada, que cada vez mais é compreendida como forma de complementar e fortalecer a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Com isto, as atenções se voltaram para o estudo do *private enforcement* e diversos novos tópicos surgiram no debate, como a necessidade de harmonização com as demais frentes de defesa da concorrência, a necessidade de produção normativa para dar efetividade ao instituto e a possibilidade de utilização de métodos não-litigiosos para solução das demandas. Apesar de tais tópicos merecerem uma análise aprofundada, em trabalhos próprios, se busca, a seguir, realizar um breve panorama do que se espera para os próximos anos em relação a este tema.

4.1. O equilíbrio entre a reparação civil e demais mecanismos de defesa da concorrência

Já se demonstrou, ao longo de todo o exposto até aqui, a importância da reparação civil em uma sociedade que busca ativamente reprimir os cartéis, permitir o correto funcionamento do mercado e valorizar a eficiência e os investimentos em inovação e tecnologia, ao contrário de práticas ilegais de dominação de mercado. Contudo, como também ressaltado, as ações privadas são apenas mais um mecanismo, dentre tantos outros, de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Portanto, deve este instituto estar em harmonia com os demais, de forma a não prejudicar a ação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que é atualmente o principal responsável pelo controle de condutas desta natureza no Brasil, e do Ministério Público.¹⁸¹

Em especial, aqui se trata, brevemente é verdade, da harmonização do instituto da Reparação Civil com o do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação.

¹⁸¹ SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil.** 2016.

Ressalta-se que o tema merece um estudo mais aprofundado, mas que fugiria ao escopo deste trabalho.

A princípio, é necessário explicar do que se tratam os acordos em questão. Ambos são utilizados em investigações de infrações contra a ordem econômica, se diferenciando pelo momento da propositura. Enquanto o Acordo de Leniência permite a uma empresa ou indivíduo, que sabe ter participado em um cartel ainda não investigado pela Superintendência-Geral, denunciar os outros integrantes em busca da imunidade administrativa, os TCCs são celebrados já no curso das investigações, mediante cessação da prática ou da participação na conduta, colaboração com as investigações (o que é obrigatório apenas enquanto o Processo Administrativo estiver em instrução na Superintendência-Geral), pagamento de contribuição pecuniária e confissão de participação na conduta (no caso dos cartéis), em troca de descontos sobre o valor da multa esperada.

Desde já se percebe o impacto negativo das ações de reparação sobre ambos os acordos: os lenientes e requerentes apresentam ao CADE, voluntariamente, dados, provas e a confissão de terem participado no cartel. Estes documentos são de extrema relevância para quem deseja ajuizar uma ação solicitando reparação pelos danos, uma vez que facilitam sobremaneira o pleito. O problema é que, cientes disso, os delatores podem ficar receosos e desestimulados a buscarem o CADE para apresentar delação, já que se sujeitam a pesadas condenações na esfera judicial.¹⁸²

Por outro lado, como a reparação civil também se insere na política de defesa da concorrência, tendo o CADE diversas vezes sugerido aos particulares que ingressassem com ações no judiciário, é importantíssimo que exista certo nível de cooperação entre a autoridade administrativa e os litigantes civis. Cria-se, portanto, a necessidade de estabelecer regras quanto ao compartilhamento de documentos e provas.¹⁸³

Tendo isto em mente, o CADE colocou em Consulta Pública, em dezembro de 2016, uma minuta de resolução para tratar da necessária harmonização entre os institutos, além de fomentar a reparação de danos concorrenciais no Brasil. Para isto, a proposta de Resolução prevê a possibilidade de que a Superintendência-Geral e o Tribunal do CADE considerem

¹⁸² MACHADO, Luiza Andrade. **Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização**. RDC, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015. p. 117.

¹⁸³ SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00**. *Op cit.*

reduções nas contribuições pecuniárias daqueles que busquem celebrar TCC se estes comprovarem o ressarcimento civil, seja este judicial ou extrajudicial.¹⁸⁴

A intenção é válida e encontra-se na linha do que já é feito nos Estados Unidos, onde o leniente pode evitar o pagamento do dano em triplo pelo pagamento de indenização na esfera civil, além de não ter responsabilidade solidária com os demais membros do cartel. Apesar de no Brasil não existir a hipótese de “indenização múltipla” no caso de cartéis (até o momento), a redução no valor das multas administrativas quando houver acordos pode facilitar bastante a reparação de consumidores lesados por cartel, ao contribuir para a superação de barreiras como os custos de acionar o Poder Judiciário e a assimetria de informações entre os prejudicados e os cartelistas.¹⁸⁵

No entanto, como forma de manter o equilíbrio e a atratividade dos programas de delação, a Resolução proposta pelo CADE também impõe critérios rigorosos ao compartilhamento de documentos e informações de acesso restrito, que só serão compartilhados por (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização dos signatários ou compromissários, com anuência do CADE; ou (iv) em casos de cooperação jurídica internacional.

A proposta normativa do CADE não engloba, no entanto, todos os desafios e controvérsias que podem surgir desta harmonização. Por exemplo, questiona-se a possibilidade de aplicação de imunidade civil para os beneficiários da leniência, a limitação da responsabilidade solidária, e o momento das investigações em que poderá ser concedido o acesso aos documentos constantes no Processo Administrativo, questões que, para além das normas internas do CADE, podem exigir alguma espécie de produção legal.

No judiciário, pode ser feita referência a um importante entendimento do STJ em relação ao compartilhamento de informações provenientes de Acordos de Leniência celebrados com o CADE. Trata-se de ação proposta pela Electrolux contra a Whirlpool e a Brasmotors na qual se pretende obter a reparação dos prejuízos sofridos pelo aumento artificial de preços no mercado devido à formação de cartel entre as rés. Apesar de o processo originário tramitar em segredo de justiça, foi publicada decisão no caso em sede de Recurso Especial.¹⁸⁶

Em apertada síntese: para fundamentar seu pedido, a autora solicitou o envio de ofícios ao CADE e à SDE para obtenção de provas, especialmente as relacionadas ao Acordo de Leniência firmado entre as rés e a autoridade de defesa da concorrência. O pedido foi

¹⁸⁴ Consulta Pública nº 05/2016. Artigo 15 da minuta de Resolução proposta.

¹⁸⁵ Conforme apontado na Exposição de Motivos da Consulta Pública nº 05/2016.

¹⁸⁶ REsp nº 1.554.986/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

inicialmente indeferido, mas a Electrolux interpôs recurso e obteve provimento. De acordo com a ementa do acórdão, os requisitos de verossimilhança, relevância e pertinência do pedido estariam presentes, sendo a causa de pedir da ação relacionada às práticas investigadas na seara administrativa.

Inconformadas, Whirlpool e a Brasmotors interpuseram o Recurso Especial em análise, sustentando que os termos do Acordo de Leniência celebrado entre elas e o CADE seriam sigilosos, contendo documentos relativos à estratégia empresarial, segredos de indústria e de negócios. Portanto, a questão que surge é a da confidencialidade dos documentos originados de Acordos de Leniência com o CADE frente aos requerimentos de interessados em ações de reparação.

Neste sentido, de acordo com voto do Ministro Marco Aurélio, o sigilo inicial deste tipo de acordo tem papel crucial para sua utilização, no que tange ao incentivo à colaboração e ao sucesso das investigações. No entanto, este sigilo não pode ser absoluto. Segundo o Ministro, a doutrina aponta que os processos de natureza administrativa estão sujeitos ao princípio da publicidade. Evidentemente que este direito de acesso público não pode ser exercido abusivamente, devendo ser corretamente demonstrado o interesse individual ou coletivo que se pretende defender.

Após analisar a legislação pertinente ao Acordo de Leniência e a institutos correlatos na legislação penal, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a manutenção do sigilo para depois da aceitação da proposta depende de circunstâncias concretas de interesse coletivo. Desta maneira, não poderia se prolongar indefinidamente no tempo, “*sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei*”.¹⁸⁷ O voto também aponta que é falacioso o argumento de que a divulgação criaria situação mais gravosa para os lenientes frente aos demais infratores, uma vez que a “premiação” recebida pelo signatário é restrita às esferas administrativas e penais.¹⁸⁸

Adiante, defendeu o Ministro-Relator que o sigilo das investigações se exauriu no momento em que concluídos os trabalhos de instrução do Processo Administrativo, o que se pôde constatar no caso concreto já que os autos já estavam no Gabinete do Conselheiro-Relator prontos para julgamento.

¹⁸⁷ Página 13 do Acórdão do REsp nº 1.554.986/SP.

¹⁸⁸ Em relação a este ponto, a Procuradoria Federal do CADE havia se manifestado no sentido de que o Regimento Interno da autarquia expressa a finalidade de evitar que o signatário do Acordo de Leniência tenha situação mais gravosa que os demais investigados pelo CADE.

Por fim, o Ministro concluiu seu voto ressaltando que as informações obtidas do Acordo de Leniência seriam submetidas ao amplo contraditório sob a condução do juízo competente, seguindo o entendimento de que a admissão da prova emprestada contribui para a celeridade e economia processual.

4.2. Propostas normativas para incentivar e facilitar a Reparação Civil

De modo geral, percebe-se que por mais que sejam aprofundados os estudos sobre o tema da reparação civil concorrencial, será necessária alguma forma de alteração no ordenamento para permitir que a persecução privada dos cartéis se estabeleça como uma realidade no Brasil.

Visando resolver, ou ao menos diminuir estas dificuldades, foi proposto no Senado Federal o Projeto de Lei nº 283/2016 (PLS 283/2016), que além de tratar da multa administrativa imposta pelo CADE, busca estimular o ajuizamento de ações privadas e o ressarcimento dos danos causados por infrações contra a ordem econômica.

Neste sentido, o PLS busca alterar o artigo da 47 da Lei nº 12.529/2011 para estabelecer que os prejudicados pelo cartel terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos pela prática das infrações previstas no artigo 36, §3º, I e II (ou seja, a prática de cartel e de promoção, obtenção ou influência de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes). Esta indenização múltipla não será devida pelos coautores que tiverem assinado acordo de leniência ou TCC com o CADE – desde que apresentem à autoridade de defesa da concorrência documentos que permitam estimar o dano decorrente da infração. Além disso, não incidiria sobre os signatários a solidariedade, restando estes responsáveis apenas pelos danos que efetivamente causaram.

Sobre esta proposta, cabe desde já fazer algumas considerações. Primeiro, a necessidade de estabelecer uma indenização múltipla já foi analisada quando se tratou da reparação concorrencial nos Estados Unidos. Lá, a jurisprudência e a doutrina ressaltam que esta é uma forma de incentivar a busca pela reparação privada além de garantir a dissuasão, uma vez que nem todas as infrações são detectadas. No Brasil, conforme já foi destacado, parte da doutrina defende que para a aplicação da indenização punitiva seria necessária expressa previsão legal, em respeito ao princípio da legalidade, de forma que este passo seria de extrema relevância.

A limitação da indenização múltipla e da solidariedade para os infratores que celebrarem Acordo de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação com o CADE é previsão que também está em linha com o que é feito (ou passará a ser feito, no caso da União Europeia) em

outros países. Com isto, busca-se garantir que existam incentivos tanto para a propositura de ações de reparação quanto para a celebração de acordos com a autoridade de defesa da concorrência.

No entanto, o PLS exige para esta concessão do benefício que os signatários apresentem ao CADE documentos que permitam a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica. Apesar de esta previsão endereçar um ponto muito sensível quando se trata das ações de reparação dos danos causados por cartéis (o da quantificação do dano), também é verdade que nem sempre esta estimação é possível.¹⁸⁹ Cria-se, assim, um novo requisito para a celebração dos acordos, já que se o CADE não se manifestar sobre este elemento (a suficiência da documentação para estimar os danos), o signatário poderá acabar sujeito à indenização múltipla ou se sentirá desmotivado a procurar o acordo.¹⁹⁰

Além das alterações no artigo 47, o Projeto de Lei também visa modificar o artigo 93 da Lei nº 12.529/2011, que estabelece que a decisão condenatória do CADE constitui título executivo extrajudicial, para estabelecer que esta decisão é também apta a fundamentar a tutela da evidência, possibilitando ao juiz decidir liminarmente, mesmo na ausência de demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo - conforme o artigo 311 do Código de Processo Civil. Conforme a justificação do PLS, a medida visa dar efetividade imediata às ações e gerar um efeito dissuasório ainda maior, reforçando “*as presunções de validade, veracidade e legitimidade das decisões do Plenário do Tribunal do CADE*”. Na prática, esta é uma forma de objetivar no ordenamento brasileiro que as decisões da autoridade de defesa da concorrência servirão de prova “*prima facie*” da ocorrência do ilícito.¹⁹¹

Por fim, o PLS também busca encerrar a indefinição quanto ao termo inicial da contagem da prescrição para a propositura de ação de reparação concorrencial, ao estabelecer

¹⁸⁹ De toda forma, já existem outros projetos de lei, como o PL 7238/2017 que visam instituir o cálculo da vantagem auferida como uma obrigatoriedade na fase de dosimetria das multas a serem impostas pelo CADE às empresas condenadas. Conforme justificação do referido projeto, a intenção, além da dissuasão, é também facilitar a reparação privada: “*Assim, se um grande consumidor de um produto, tiver uma estimativa do sobrepreço em um caso de cartel, por exemplo, já calculado pelo CADE ele terá uma base razoável para calcular danos a serem ressarcidos. Isto aumenta a penalidade esperada e, portanto, contribui para o efeito dissuasório. [...] A análise do CADE já constitui uma excelente base para os agentes lesados recuperarem pelo menos parte de seus prejuízos*”.

¹⁹⁰ GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016.** Disponível em < <https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

¹⁹¹ “*A concessão de tutela da evidência em ações fundamentadas em decisões do CADE visa inverter o ônus da morosidade do processo judicial, hoje imposto exclusivamente no prejudicado que busca a tutela de seus direitos no Judiciário. Permitindo a concessão de tutela da evidência até mesmo em caráter liminar em tais ações, busca-se estimular uma postura mais proativa dos agentes econômicos, tanto no sentido de dissuasão das infrações, quanto de realizarem a auto composição também nas ações privadas, e não apenas no âmbito administrativo, sendo consentâneo com os pressupostos de previsibilidade, efetividade e celeridade que tutelam o processo civil*” (JUSTIFICACÃO – Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2016).

que o prazo não fluirá durante a vigência do inquérito ou processo administrativo do CADE. Assim, os interessados poderiam aguardar o encerramento da análise na esfera administrativa. Trata-se de outro ponto que, conforme já ressaltado, é essencial para possibilitar o ajuizamento de ações desta natureza.

Também cabe apontar que a Superintendência-Geral do CADE, em nota técnica específica, apresentou três propostas regulamentares e duas propostas legislativas tanto para endereçar o posicionamento institucional da autarquia frente à questão da harmonização do Programa de Leniência e de Cessação com as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), quanto para facilitar a utilização das últimas.¹⁹²

A primeira proposta regulamentar é a de que o CADE seja informado sobre qualquer ARDC, de forma que a sua Procuradoria especializada possa requerer a suspensão da ação até que se conclua o julgamento do Processo Administrativo, sendo certo que após o julgamento a parte teria acesso aos documentos e informações necessários para subsidiar sua pretensão. Razoável a sugestão, uma vez que haveria maior transparência na condução dada pelo CADE em relação aos documentos obtidos em Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação, sem prejudicar indefinidamente os interessados na reparação.

A segunda proposta é a de que o voto do Conselheiro-Relator e demais votos-vogais incluam, sempre que possível e razoável, seção específica sumarizando informações relativas ao período de duração da conduta, os consumidores potencialmente atingidos e a estimativa dos danos causados.

Apesar da controvérsia que paira sobre a estimativa dos danos, propostas normativas como a apontada estão em sintonia com a tendência de aprofundamento nas estimativas dos danos causados por cartéis nas decisões do CADE, seja para fins de dosimetria da multa (o que, como visto, não tem prevalecido no Tribunal) ou justamente para fins de eventual demanda de reparação civil, conforme defendido pelo Conselheiro Paulo Burnier em Processo Administrativo que investigava formação de cartel. De acordo com o Conselheiro, a expertise que o CADE desenvolveu pode iluminar a agenda de reparação de danos no Judiciário.¹⁹³

¹⁹² SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil.** 2016.

¹⁹³ Voto-vista vencedor no Processo Administrativo nº 08700.002821/2014-09, julgado em 07/06/2017.

A última proposta regulamentar seria a de redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa para os participantes que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial em ações de reparação civil, tema este que já foi tratado no tópico anterior.

Em relação às propostas legislativas, a Superintendência-Geral do CADE defende que seja limitada a extensão da responsabilidade civil do signatário do Acordo de Leniência, nos mesmos moldes do direito norte-americano e europeu, de forma que este só responda pelos danos que efetivamente causou aos seus consumidores ou fornecedores diretos e indiretos – em outras palavras, não seja *solidariamente* responsável – e que este não esteja sujeito a indenizações múltiplas.¹⁹⁴

Quanto à prescrição das ARDC, a Superintendência-Geral sugere a elaboração de lei para estabelecer que esta somente começa a correr a partir da ciência inequívoca da vítima, o que se dará após a publicação da decisão final administrativa ou penal. Ainda sobre o tema, o órgão do CADE sugere que a instauração de procedimento investigativo pela Superintendência-Geral passe a ser considerada um fator de interrupção do prazo prescricional para as ações de reparação civil. Por fim, defende que o juiz cível possa suspender o curso da ação, com fundamento no artigo 313, V, do Código de Processo Civil¹⁹⁵, até a decisão final do Tribunal do CADE, e que o juiz possa considerar a decisão condenatória do Conselho como título executivo extrajudicial, ou seja, prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, facilitando as ações do tipo “*follow-on*”.

As propostas legislativas da Superintendência-Geral são muito oportunas e abrangem tanto a proteção ao Programa de Leniência quanto algumas das principais barreiras enfrentadas pelos proponentes de ações de reparação dos danos causados por cartéis – especialmente a prescrição e o ônus da prova. Portanto, são contribuições de inegável valor e que deverão ser consideradas pelo Legislativo.

4.3. Soluções consensuais e Arbitragem

Foi insistentemente demonstrado que as ações de reparação civil por danos causados por cartéis estão sujeitas, no Brasil, a uma série de barreiras, que atualmente tornam a

¹⁹⁴ SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. *Op. Cit.*

¹⁹⁵ “Art. 313. *Suspende-se o processo: [...].*

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo”.

proposição excessivamente difícil e muitas vezes não atrativa do ponto de vista particular. Dito isto, se busca agora demonstrar, brevemente, que uma solução plausível e interessante para os prejudicados por cartéis é a solução consensual ou por meio da arbitragem.

Bruno Becker destaca que são poucos os trabalhos que se dedicam a analisar mais profundamente a inter-relação entre a arbitragem e o Direito da Concorrência no Brasil, bem como que ainda não houve um relevante debate judicial sobre a matéria. No entanto, defende que não haveria óbice à utilização da arbitragem para verificação do dever de indenização e sua quantificação, mormente quando já ocorrida a proteção coletiva pelo CADE ou pelo judiciário, pois tratar-se-ia, então, de direitos disponíveis das partes.¹⁹⁶

A possibilidade de utilização da arbitragem concorrencial também é defendida por Yane Dantas, quando constata que existem três critérios para definir a “arbitrabilidade” de uma matéria: (i) a livre disponibilidade do direito litigioso; (ii) a natureza patrimonial do litígio; e (iii) a vedação à arbitragem de matérias de interesse público. Neste sentido, enquanto o CADE busca defender direitos de ordem pública (livre concorrência e livre iniciativa), os danos sofridos pelas empresas e indivíduos devido a um cartel não estariam sujeitos a nenhuma restrição.¹⁹⁷

É bastante possível que a incipiência das ações de reparação concorrencial no Brasil mascarem a possibilidade de que sejam celebrados diversos acordos extrajudiciais para dirimir conflitos desta natureza. Uma vantagem do procedimento arbitral é justamente a confidencialidade, de forma que raramente se terá acesso a este tipo de informação. Outras vantagens apontadas pela doutrina são a rapidez, a especialização do julgador e a confiança das partes na imparcialidade do árbitro.¹⁹⁸

Em contraposição aos métodos adversariais, como os processos judiciais e a arbitragem, podem ser utilizados métodos consensuais para a solução de conflitos, que podem se dar de forma direta – negociação, ou assistida – conciliação e mediação, por exemplo. Estes mecanismos são especialmente vantajosos quando existem relações continuadas entre as empresas envolvidas, já que ao final espera-se a obtenção de um resultado que possa ser

¹⁹⁶ BECKER, Bruno Bastos. **Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens**. 2015. p. 255-257.

¹⁹⁷ “A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral” (DANTAS, Yane Pitangueiras. **A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016**. RDC – Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 5. Maio, 2017).

¹⁹⁸ PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. 2012. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/consideracoes-sobre-a-arbitragem-no-brasil-juiza-oriana-piske>>

considerado positivo por ambas as partes. Além disso, tendem a envolver custos menores e procedimentos mais flexíveis, rápidos e criativos.¹⁹⁹

No caso de demandas envolvendo indenização de danos causados por cartéis, a solução consensual permite ao lesado obter uma reparação mais rápida e fácil, não sujeita a todos os entraves já analisados. Para o demandado, a confidencialidade evita sua exposição negativa na mídia, além de lhe garantir maior segurança quanto aos valores que serão definidos. De forma vantajosa para ambos, pode se evitar um desgaste na relação entre as empresas.²⁰⁰

Destaca-se que nos Estados Unidos a maioria das ações de reparação civil concorrencial são resolvidas por meio de acordo, inclusive grandes casos de cartel envolvendo os mercados de vitaminas, transporte aéreo de cargas, compressores, mangueiras marítimas e chips de memória.²⁰¹ Deve ser mencionado o valor total de US\$ 3,05 bilhões, considerando o maior da história, acordado por demandantes contra a Visa USA e a MasterCard.²⁰²

O número de acordos envolvendo esta matéria também deve crescer no Brasil a partir do reforço e da regulamentação da reparação civil concorrencial, principalmente considerando que os valores acertados extrajudicialmente poderão passar a ser considerados pelo CADE com atenuantes na multa administrativa e que já existem propostas normativas prevendo indenizações múltiplas, conforme destacado nos tópicos anteriores.

¹⁹⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43, 2014. p. 11.

²⁰⁰ Ibid. p. 21.

²⁰¹ Ibid. p. 6.

²⁰² MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. The Antitrust Review of the Americas Global Competition Review, 2007.

CONCLUSÃO

Os cartéis são amplamente considerados como a mais grave forma de lesão à ordem econômica. Este acordo é realizado entre concorrentes, principalmente a respeito de preços, volumes de oferta, divisão de mercados, clientes e fornecedores ou participação em licitações, tendo como objetivo a limitação da concorrência e a elevação das margens de lucro para patamares semelhantes aos de um monopólio. Como resultado, geram relevantes prejuízos aos consumidores, à sociedade e à economia como um todo, devido, por exemplo, ao sobrepreço, à escassez de produtos e à diminuição na inovação e na eficiência.

Não por outro motivo, o Brasil estabeleceu o combate aos cartéis como uma prioridade. Desde então, verificou-se um aumento expressivo na repressão pública, que é realizada principalmente por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e que tomou novas dimensões com a edição da Lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência.

No entanto, esta persecução pública aos cartéis, seja ela realizada na esfera administrativa ou penal, tem o condão somente de punir os infratores, dissuadir o cometimento de novas infrações e reestabelecer a concorrência nos mercados, não ressarcindo diretamente os prejudicados, que devem se utilizar de instrumentos próprios: as ações de reparação civil, fundamentadas no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, no artigo 927 e seguintes do Código Civil e no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011.

Além do ressarcimento dos prejudicados, a responsabilidade civil tem importante função de dissuasão. Neste sentido, a reparação privada é reconhecida como forma de proteção à legislação de defesa da concorrência porque, dentre outros motivos, aumenta a probabilidade de detecção de cartéis e incentiva as denúncias, contribui com a obtenção de provas e elaboração de estudos econômicos e aumenta as sanções. Cabe ressaltar que a responsabilidade civil tem passado por significativas transformações nos últimos anos, dentre as quais se pode destacar o progressivo afastamento da ideia de culpa, a ampliação dos danos indenizáveis e o debate sobre o papel punitivo da indenização, o que a colocou em foco em estudos acadêmicos e em debates jurisprudenciais.

Apesar desta importância, verifica-se que a utilização das ações de reparação civil por danos causados por cartéis ainda é incipiente no Brasil. Assim, o presente estudo objetivou analisar as dúvidas, controvérsias e barreiras que existem em relação à matéria. As conclusões obtidas são sintetizadas a seguir.

São legitimados para a propositura de ações de reparação por danos causados por cartéis os próprios prejudicados e os que tem prerrogativa para a defesa coletiva, nos termos da Lei de

Defesa da Concorrência, do Código do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública. No polo passivo, defende-se que, devido à solidariedade prevista no artigo 942 do Código Civil, e à própria natureza do cartel, podem constar um, alguns ou todos os membros do acordo, não sendo necessário que o autor tenha realizado negócios diretamente com os réus e sem prejuízo de posterior ação de regresso pelos últimos em relação aos demais infratores.

A responsabilidade civil no Brasil, de acordo com o Código Civil em vigor, depende geralmente de quatro requisitos: (i) cometimento de ato ilícito; (ii) existência de culpa ou dolo; (iii) dano causado a outrem; e (iv) nexo causal entre o ato ilícito e o dano. No entanto, conforme demonstrado, a responsabilidade por danos causados por cartéis é objetiva, não dependendo de análise da culpa, uma vez que os efeitos negativos da conduta são presumidos e que a Lei de Defesa da Concorrência, ao prever a reparação privada dos danos, viabilizou a aplicação de princípios concorrenciais no âmbito da responsabilidade civil.

O ato ilícito civil, por sua vez, ocorre quando há violação de uma norma prevista no ordenamento jurídico, ou abuso de direito, em conjunto com a geração de um dano a outrem. Desta forma, se diferencia do ato ilícito concorrencial e penal – já que as infrações contra a ordem econômica e o crime de cartel ocorrem meramente pela potencialidade de geração de efeitos.

Os danos causados por cartéis podem ser tanto de natureza patrimonial, incluindo danos emergentes e lucros cessantes, quanto de natureza extrapatrimonial ou moral, que são inclusive cumuláveis. Existe atualmente uma grande controvérsia quanto à possibilidade de aplicação da chamada indenização punitiva, que supera o prejuízo da vítima. Pela semelhança com as sanções penais, parte da doutrina defende que é necessária sua expressa previsão legal no ordenamento, posicionamento com o qual este trabalho, conservadoramente, se alinha. De toda forma, se reconhece a possibilidade de o juiz, no arbitramento do dano moral, considerar a gravidade da conduta para aplicar indenizações com caráter suficientemente dissuasório.

Por fim, o nexo causal já foi analisado na doutrina sob uma diversidade de teorias, mas aqui se defende que, no caso de responsabilidade civil por cartel, este seja analisado sob a ótica da causalidade adequada, que melhor captura as peculiaridades do caso, já que o cartel é um evento suficiente e adequado para causar o dano. Na prática, os tribunais brasileiros utilizam uma variedade de teorias, a depender do caso concreto.

A indefinição em relação ao termo inicial da prescrição nas ações de reparação civil é uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos lesados por cartéis. Neste sentido, defende-se que a interpretação de que esta começa a correr no momento em que o dano é causado, independente da ciência da vítima, pode inviabilizar as ações de reparação civil. De fato, os

cartéis são práticas de difícil detecção e as investigações administrativas e criminais tendem a ser sigilosas até que se decida pela suficiência de indícios para instauração do processo. Assim, de acordo com uma outra corrente doutrinária e jurisprudencial, aqui se defende que o prazo prescricional para a reparação concorrencial somente começa a correr a partir da ciência inequívoca do dano pela vítima. Cabe ressaltar que o artigo 200 do Código Civil determina que, sempre que a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, como é o caso dos cartéis, o prazo não começará a correr antes da respectiva sentença definitiva.

O prazo prescricional de três anos previsto no Código Civil também é considerado demasiadamente curto, tendo em vista as dificuldades já apontadas. Aqui se defende que seja elaborada legislação no Brasil para aumentar este prazo para no mínimo cinco anos, conforme melhores práticas internacionais. Além disso, deve ser permitido às vítimas a utilização da figura do protesto judicial para interrupção da prescrição caso estas desejem ingressar com a ação, mas prefiram aguardar a decisão das autoridades para fundamentar suas pretensões.

Conforme analisado, no caso das ações de reparação civil por danos que decorram de delitos, como é o caso do cartel, é facultado ao autor ajuizá-las no lugar do ato ou fato que gerou o dano ou no foro do seu domicílio. Importa destacar que a intervenção, como partes ou terceiros intervenientes, da União, de empresas públicas, de autarquias – como o CADE, fundações ou conselhos de fiscalização de atividade profissional, desloca a competência do julgamento para a Justiça Federal. Conforme reconhecido pela jurisprudência, a atuação do Ministério Público Federal, na qualidade de órgão da União, também é responsável por este deslocamento. Na prática, também existem controvérsias na definição do foro que podem gerar deslocamentos desnecessários dos autos e em demora na devida prestação judicial, apesar de ter se verificado uma tendência de pacificação jurisprudencial.

Dentre todas as dificuldades apontadas no presente estudo, a mais significativa é a de quantificar os danos causados por cartéis para o devido cálculo da indenização. A dificuldade reside em demonstrar como o mercado teria se comportado na ausência do acordo, sem que com isso se imponha barreiras significativas ou até insuperáveis aos demandantes. A doutrina aponta como principais métodos de cálculo do sobrepreço as análises “*before and after*”, “*yardstick*” e “*difference-in-differences*”, sendo que a última é mais precisa, porém depende do maior número de dados disponíveis e nem sempre é possível. De modo geral, garantir que esta análise econômica atinja padrões legais depende de transparência e previsibilidade. Por isto, uma sugestão apontada no trabalho foi a de dividir a quantificação em três etapas: design ou definição do método a ser utilizado, aplicação e, por fim, utilização de testes de robustez.

Em relação ao ônus da prova, considerando a inerente assimetria de informações entre as vítimas e os infratores, o apertado prazo prescricional e as dificuldades de comprovação do cartel e da quantificação do dano, se defendeu neste estudo que o juiz possa utilizar dos mecanismos de inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como do instituto da prova emprestada. Evidentemente que esta utilização depende de requisitos próprios, como a verossimilhança no direito alegado, a possibilidade de produção da prova e, no caso da prova emprestada, da submissão ao contraditório e ampla defesa e pertinência do pedido.

Foi realizada uma análise da experiência internacional com a matéria. Em especial, se analisou a situação da reparação concorrencial nos Estados Unidos, onde a prática já é consolidada, e na União Europeia, onde recentemente se reconheceu a importância destas ações e se instauraram diretivas para orientar a busca por reparação.

Conforme demonstrado, nos Estados Unidos a principal forma de combate aos cartéis é a persecução privada, que é impulsionada pela possibilidade de indenização dos prejuízos sofridos em triplo, pela facilidade de coleta de provas e depoimentos – amplo “*discovery*”, pela atuação dos advogados com base em honorários condicionais e pela importância das ações coletivas – *class actions*. Nos EUA a legitimidade para propositura de ações desta natureza se limita aos diretamente prejudicados, mas se verifica uma tendência de modificação deste entendimento com a aprovação de leis divergentes por vários estados e propostas de modernização. Outros pontos que devem ser ressaltados são o fato de as decisões condenatórias do *Department of Justice* serem consideradas como evidência *prima facie* contra os réus e que as regras processuais norte-americanas preveem a solidariedade pela reparação entre os infratores. No entanto, esta solidariedade já foi alvo de críticas porque permitem que alguns dos infratores celebrem acordos em momentos iniciais do processo por quantias pequenas, tornando os demais réus, mesmo aqueles que não tiveram importante participação, responsáveis por todo o restante dos danos – e em triplo.

No âmbito da União Europeia, assim como no Brasil, a reparação civil concorrencial ainda é incipiente. No entanto, foi aprovada pelo Parlamento Europeu uma Diretiva a ser implementada por todos os Estados-Membros com a finalidade de facilitar a sua utilização. Destacam-se os seguintes tópicos desta Diretiva: (i) a reparação deverá ser integral, mas não poderá ser punitiva ou múltipla; (ii) as regras que regem a indenização por danos concorrenciais não poderão ser menos favoráveis do que as que regem outros tipos de indenização; (iii) os Tribunais poderão ordenar a divulgação de provas sob o controle do réu ou de terceiros, mesmo aquelas confidenciais e incluídas em processos das autoridades de defesa da concorrência, desde que se verifique a pertinência do pedido e que este não prejudica a efetividade da

persecução pública; (iv) as decisões definitivas das autoridades da concorrência de cada Estado-Membro deverão ser consideradas irrefutáveis para efeitos das ações de indenização em seu respectivo território, enquanto as decisões de autoridades dos demais Estados-Membros deverão ser, ao menos, prova *prima facie*; (v) a prescrição não começará a correr antes de o demandante ter conhecimento do dano e o prazo deverá ser de, no mínimo, cinco anos, além de este ser suspenso ou interrompido caso a autoridade da concorrência inicie uma investigação relativo à infração objeto; (vi) as empresas infratoras serão solidariamente responsáveis pelos danos causados, salvo as pequenas e médias empresas, em algumas situações; (vii) será admitida a *passing-on defense*, sendo do réu o ônus de provar o repasse do sobrepreço e dos consumidores indiretos o ônus de provar que foram lesados por este repasse; (viii) será presumida a ocorrência de danos por cartéis e os tribunais poderão estima-los se for muito difícil sua precisão; e (ix) as tentativas de resolução amigável das disputas suspenderão os prazos prescricionais e eventuais valores ressarcidos poderão ser considerados como atenuantes na dosimetria de possíveis multas pela infração.

O presente trabalho não deixou de analisar a questão da harmonização entre a reparação civil e os demais mecanismos de defesa da concorrência. Em especial, se verificou que as ações de reparação podem ter um impacto negativo sobre a atratividade dos Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação, sendo necessária a criação de regras quanto ao compartilhamento de documentos e provas fornecidos nestes acordos. Tendo isto em mente, o CADE colocou em Consulta Pública uma minuta de resolução que prevê a possibilidade de redução nas contribuições pecuniárias daqueles buscam celebrar TCC se comprovarem o ressarcimento civil, seja este judicial ou extrajudicial. No entanto, a Resolução também prevê critérios rigorosos para o compartilhamento de documentos e informações de acesso restrito, que dependerão de expressa determinação legal, decisão judicial específica, autorização dos signatários com anuência do CADE ou em casos de cooperação jurídica internacional.

Existem outras propostas normativas, como o Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, que, dentre outras disposições, busca estabelecer a indenização em dobro para os danos causados por cartéis, que as decisões condenatórias do CADE deverão ser aptas a fundamentar a tutela de evidência, de acordo com o Código de Processo Civil, e que o prazo prescricional não fluirá durante a vigência de inquérito ou processo administrativo do CADE.

Por fim, buscou-se demonstrar que a arbitragem é possível em matéria concorrencial quando envolve apenas o dever de indenização e sua quantificação, já que são direitos disponíveis das partes. A arbitragem e os métodos de solução consensual de conflitos, como a negociação e a mediação, podem se apresentar como alternativas confiáveis, rápidas e menos

custosas para os demandantes, permitindo evitar os entraves judiciais já apontados, bem como apresentam para os réus a possibilidade de manter a questão confidencial. Para os dois lados, este tipo de solução também evita o desgaste de relações continuadas entre as empresas.

Em suma, se demonstrou que a reparação civil dos danos causados por cartéis está sujeita a controvérsias, dúvidas e barreiras muito específicas, mas que a sua crescente valorização como forma de defesa da concorrência está encaminhando a produção de estudos e propostas normativas que poderão, num futuro próximo, garantir a possibilidade e a efetividade do instituto. Espera-se ter contribuído com este desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Disponível no Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 04/05/2017.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. **Report and Recommendations**. 2007.

BECKER, Bruno Bastos. **Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens**. 2015.

BELLIA, Marco. **“Passing on” Defense in Antitrust Litigation: Preliminary Notes for a General Analysis**. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2226759>>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 22. ed. rev., ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDOVIL, Leonor ... et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DANTAS, Yane Pitangueiras. **A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016**. RDC – Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 5. Maio, 2017.

EISZNER, James R. **Antitrust Civil Damages Remedies: The Consumer Welfare Perspective**. 75 UMKC L. Rev. 375, 2006.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions**, assinada em 26 de novembro de 2014. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro de 2013.

FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from german cartel cases.** *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues.** 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, 2014.

GIANNINNI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.** Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves.** – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016.** Disponível em < <https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1941.

LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised.** 16 *Loy. Consumer L. Rev.* 329, 2004.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade Civil na sociedade de risco.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, 2010.

MACHADO, Luiza Andrade. **Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização.** *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, pp. 114-132.

MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Niclós. **Private antitrust damages.** Em *Overview of Competition Law in Brazil / São Paulo: IBRAC/Editora Singular*, 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil.** Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. **Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends. Em: Overview of competition law in Brazil.** São Paulo: IBRAC - Editora Singular, 2015.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. **Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE.** *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.* Ano 19, volume 22, 2012.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. **Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis**. 2017.

MATION, Gisela Ferreira. **As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil**. São Paulo – SP, 2008.

MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. The Antitrust Review of the Americas Global Competition Review, 2007.

NEGRÃO, Theotonio [et al]. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 2016.

NETO, Lauro Celidonio; MACHADO, Michelle; DONAS, Frederico. **Five-years of anti-cartel enforcement under the new Brazilian Antitrust Law: how changes in the competition regulatory framework balanced the decision matrix in favor of cooperative solutions**. Em: Brazilian Antitrust Law (Law nº 12,529/211): 5 years. IBRAC, 2017.

OECD. **Private remedies**. Em: OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 11/2. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf34z5l>>

_____. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws**. 2002.

_____. **Relationship between public and private antitrust enforcement – United States**. DAF/COMP/WPR3/WD. 2015.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **Dano moral e seu caráter desestimulador**. 2012. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_dano_moral_e_seu_carater_desestimulador>

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Felipe Cardoso. **O momento consumativo da formação de cartéis e sua repercussão na contagem do prazo prescricional**. Brasília, 2015.

PEYER, Sebastian. **Cartel members only – revisiting private antitrust policy in Europe**. 60 Int'l & Comp. L.Q. 627, 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Tutela coletiva da livre concorrência**. Em: Revista de Direito do Consumidor, vol. 49, 2004.

PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. 2012. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/consideracoes-sobre-a-arbitragem-no-brasil-juiza-oriana-piske>>

SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Marcelo Rivera. **Ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição.** RDC, Vol. 3, nº 1, 2015, pp. 133-160.

_____. **Ônus da prova na ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial.** Revista dos Tribunais, vol. 959/2015, p. 87-121, 2015.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE). **Combate a cartéis na revenda de combustíveis.** 1ª ed., 2009.

_____. **Combate a cartéis e programa de leniência.** 3ª ed., 2009.

STOLZE, Pablo Gagliano. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil /** Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00.** *Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil.* 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013.