Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Gustavo Flausino Coelho

A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro

Rio de Janeiro

2015

Gustavo Flausino Coelho

A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida

Coorientador: Prof. Dr. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C672 Coelho, Gustavo Flausino.
A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro / Gustavo Flausino Coelho. - 2015.
88 f.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida.
Coorientador: Prof. Dr. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) -Teses. 2. Ato ilícito - Teses. 3.Culpa (Direito) – Teses. I. Almeida, José Gabriel Lopes Pires Assis de. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Gustavo Flausino Coelho

A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovado em 21 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (Coorientador)

Universidade de São Paulo

_____

Prof. Dr. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e verdadeiros mestres, Maria José e Gerson, pelos bons exemplos, ensinamentos, apoio incondicional, conselhos sinceros e educação dedicada e preciosa, sem a qual não seria possível valorizar a importância da família, da fé e da caridade.

A Danusa, minha esposa fiel e maravilhosa, com sua doce presença diária, pelos vários anos de amizade, amor e paixão, vividos com muita intensidade, com mudanças, viagens nacionais e internacionais, alegrias extremas e privações.

Ao meu querido filho José, nascido durante o mestrado, por alegrar esta jornada com a sua beleza divinal, refletindo os frutos do amor matrimonial e estimulando novas conquistas.

Aos meus sogros Maria Gorete e Eli e cunhados Daniele e Rodrigo, pela compreensão e apoio constante.

Aos demais membros da minha família, presentes e ausentes, tanto contribuíram para a minha formação.

A todos os colegas da Multigrain S.A. e da Mitsui & Co., Ltd., com os quais tive o prazer de conviver diariamente nos últimos dois anos, em meio aos desafios e projetos profissionais e acadêmicos.

A Bruno Dario Werneck, Fernando Rudy Mantovani, João Marcelo de Lima Assafim, Pedro Henrique Ramos Prado Vasques, Ricardo Vilella Mafra Alves da Silva e Yoshinori Takano pelo aprendizado e pela confiança depositada durante a minha carreira.

Ao orientador José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida, com quem tive o prazer de partilhar experiências acadêmicas recentemente, pela confiança para desenvolver a minha pesquisa.

Ao coorientador Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, com quem tive a oportunidade de aprofundar os meus estudos de defesa da concorrência em São Paulo, pelo apoio incondicional durante a elaboração da dissertação.

Aos amigos que não pude mencionar nessas breves linhas, que acompanharam durante a minha trajetória até aqui, por todos os tipos de emoções.

“Bote fé” e a vida terá um sabor novo, a vida terá uma bússola que indica a direção; “bote esperança” e todos os seus dias serão iluminados e o seu horizonte já não será escuro, mas luminoso; “bote amor” e a sua existência será como uma casa construída sobre a rocha, o seu caminho será alegre, porque encontrará muitos amigos que caminham com você. “Bote fé”, “bote esperança”, “bote amor”!

(Papa Francisco, *Discurso aos jovens na Praia de Copacabana*, 25 jul. 2013)

RESUMO

COELHO, Gustavo Flausino. *A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro*. 2015. 88 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O objeto desta dissertação é a responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro, delimitado aos aspectos jurídicos relacionados ao atual estágio da aplicação privada (*private enforcement*) do direito antitruste no Brasil, em busca da reparação civil por danos provocados por ilícitos concorrenciais. A defesa da concorrência possui amparo constitucional e legislação própria, mas ainda há muita incerteza e falta de clareza na adoção do direito antitruste para reparação de danos em esfera cível. Embora a coletividade seja a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 12.529/2011, os ilícitos anticompetitivos ainda são vistos pela sociedade como uma questão remota e sem efeitos danosos claros. A presente dissertação examinará a responsabilidade civil no microssistema do direito antitruste, sob o ponto de vista do objeto e do sujeito, e verificará a viabilidade de reparação civil por danos decorrentes de ilícitos concorrenciais sob o prisma jurídico. Por fim, serão abordados os desafios existentes para a efetiva reparação civil por danos sofridos em razão de ilícitos concorrenciais e as possibilidades de aprimoramento.

Palavras-Chave: responsabilidade civil antitruste. direito concorrencial. Lei nº 12.529/2011. responsabilidade objetiva. aplicação privada.

ABSTRACT

COELHO, Gustavo Flausino. *Private enforcement in the Brazilian Antitrust Law*. 2015. 88 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015

The goal of this thesis is to address the civil liability related to violations of the Brazilian antitrust law, limited to the legal aspects in connection with the current state of private enforcement of antitrust in Brazil, in order to use private damages actions to enforce competition law. Competition law has constitutional provisions and specific regulation, but there are uncertainties and lack of clarity to enforce the antitrust law in private actions. Although the collectivity should be protected by Law No. 12,529/2011, the antitrust violations are still ignored by society, which does not note the harm caused by those unlawful conducts. This paper will analyze the civil liability focused on antitrust law, from the objective and subjective perspectives, and check the feasibility to seek indemnification for damages caused by antitrust violations from legal standpoint. Ultimately, this thesis will address the current challenges for effective private enforcement of competition law and the possible improvements.

Keywords: antitrust civil liability. competition law. Law No. 12,529/2011. strict liability. private enforcement.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	**A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL**	14
1.1	**Breve histórico**	14
1.2	**Arranjo institucional atual**	17
2	**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PONTO DE VISTA DO OBJETO**	23
2.1	**O ato ilícito**	24
2.2	**O dano**	30
2.3	**O nexo de causalidade**	33
2.4	**A culpa**	35
3	**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PONTO DE VISTA DO SUJEITO**	38
3.1	**O autor da infração**	38
3.1.1	O autor	38
3.1.2	Formas de mitigação da individualização de responsabilidade das pessoas jurídicas (previstas na Lei Antitruste)	39
3.2	**A vítima da infração**	44
3.2.1	O consumidor	44
3.2.2	O não-consumidor	51
3.2.3	O Estado	52
4	**DESAFIOS ATUAIS PARA A MATERIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ANTITRUSTE**	54
4.1	**Desafios atuais**	54
4.1.1	Cultura concorrencial e estímulo à aplicação privada (*private enforcement*)	55
4.1.2	Ônus da prova e quantificação do dano sofrido	57
4.1.3	Prazo prescricional	58
4.2	**Possíveis aprimoramentos**	58
4.2.1	Decisão do CADE como base	59
4.2.2	Produção de provas: inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova	64
4.2.3	Formas de quantificação do dano e da indenização	65
4.2.4	Acesso à justiça e prazo prescricional adequado	72
4.2.5	Promoção institucional da cultura concorrencial e protagonismo do CADE	74

CONCLUSÃO.....78
REFERÊNCIAS.....80

INTRODUÇÃO

O objeto desta dissertação é a responsabilidade civil no direito concorrencial[1] brasileiro, delimitado aos aspectos jurídicos relacionados ao atual estágio da aplicação privada (*private enforcement*) do direito antitruste no Brasil, em busca da reparação civil por danos provocados por ilícitos concorrenciais.

A livre concorrência é um princípio constitucional da ordem econômica brasileira[2] e deve ser tutelado nos termos da lei (atualmente Lei nº 12.529/2011 – "Lei Antitruste"), conforme determina a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ("Constituição"), a fim de reprimir "o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros[3]".

A coletividade[4] – titular do direito difuso da livre concorrência[5] – possui atualmente as seguintes ferramentas para zelar por seu direto: (a) âmbito administrativo, por meio da destacada atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"); (b) âmbito judicial civil, por meio de ações indenizatórias em âmbito judicial ou arbitral[6]; (c) âmbito judicial criminal, por meio de sanções penais nos casos de condutas concertadas (i.e., cartel). Essas três ferramentas – independentes entre si quanto aos procedimentos e resultados[7] – formam o tripé sustentador da defesa da concorrência no Brasil.

---

[1] Na presente dissertação são utilizados como sinônimos os termos "direito concorrencial" e "direito antitruste", tratando de modo equivalente as palavras "concorrência" e "antitruste".

[2] A ordem econômica é um grupo de princípios e fundamentos que delineiam a economia brasileira e estabelece a ideologia de acordo com a qual o mercado deve ser organizado no Brasil. Para maiores detalhes sobre a natureza do conceito de ordem econômica na Constituição Federal e as ideologias relacionadas, ver GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 348.

[3] Art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

[4] "A coletividade costuma ser compreendida aqui por consumidor, sendo este, em última análise, o titular do direito da concorrência. (...) Poder-se-ia afirmar que a livre iniciativa é um direito de solidariedade que protege interesses coletivos. O presente dispositivo parece revelar de maneira expressa essa mesma compreensão. O CADE e os operadores da área do direito da concorrência em geral têm tido essa compreensão acerca do presente dispositivo" (ANDERS, Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012. p. 6).

[5] Art. 1º, parágrafo único, da Lei Antitruste.

[6] A arbitrabilidade do direito concorrencial foi abordada pelo presente autor, em coautoria com Ricardo Vilella Mafra Alves da Silva, em artigo recente (COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, v. 13, p. 145-164. Rio de Janeiro: Renovar, 2015), não sendo o objeto desta dissertação, apesar na inter-relação entre os assuntos.

[7] "Seja em que esfera for investigada a conduta, além de serem independentes entre si os procedimentos, há de se destacar que igualmente independentes são os resultados, isto é, pode haver casos em que o CADE condene uma prática, mas o juízo criminal absolva os investigados" (BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, v. 2, 2015. Disponível em: <http://cidp.pt/revistas/rjlb>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 254)

A defesa da concorrência possui amparo constitucional e legislação própria, mas ainda há muita incerteza e falta de clareza na adoção do direito antitruste para reparação de danos em esfera cível. Embora a coletividade seja a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei Antitruste, nos termos do seu art. 1º, parágrafo único, os ilícitos anticompetitivos ainda são vistos pela sociedade como uma questão remota e sem efeitos danosos claros.

Ademais, a pessoa afetada pelo ilícito concorrencial (*v.g.*, por um cartel de abrangência nacional) raramente requer dos infratores a reparação pecuniária pelo dano sofrido. Essa falta de iniciativa não é comum quando analisamos as relações consumeristas hodiernas, por exemplo, pois um consumidor lesado costuma ingressar no Poder Judiciário para reclamar uma indenização.

Considerando que as referidas decisões do CADE são frequentemente contestadas pelos infratores em âmbito judicial[8-9] e que não há uma prática difundida na sociedade de reparação dos danos causados pelos ilícitos concorrenciais à coletividade, o desenho institucional existente atualmente não permite a adequada utilização das ferramentas disponíveis à pessoa para a proteção da concorrência, especialmente quanto à reparação direta do dano causado ao consumidor.

Em razão desta realidade posta, fruto da gradual (mas incompleta) construção da cultura da defesa da concorrência no Brasil, o presente trabalho busca analisar o papel da responsabilidade civil concorrencial no arranjo institucional atual, e indicar possibilidades para aprimorar a tutela do princípio constitucional da livre concorrência. Assim, o escopo da dissertação será restrito ao âmbito cível e não aprofundará os aspectos relacionados aos aspectos administrativos e criminais do direito da concorrência. Questões relacionadas aos processos em âmbito administrativo serão mencionados de modo instrumental, com o intuito de subsidiar a

[8] A tendência de judicialização das decisões administrativas condenatórias pelo CADE e pelas agências regulatórias é amplamente reconhecida, gerando inclusive a demanda por parte do Conselho Nacional de Justiça ("CNJ") por um estudo aprofundado sobre as inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a ótica da segurança jurídica no plano da defesa da concorrência e da regulação econômica. O referido estudo foi publicado em 2014. Cf. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

[9] Parcela significativa das decisões relevantes tomadas pela autarquia com condão de sancionar algum agente econômico é questionada em âmbito judicial, mitigando a efetividade das medidas propostas pelo órgão antitruste. Cf. CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle judicial sobre o CADE e a análise econômica do direito. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Ano 19, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, e FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE: o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Ano 18, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

discussão em matéria concorrencial sobre condutas anticompetitivas e os danos causados (sujeitos a reparação cível).

A assimetria de informação (i.e., o desconhecimento do arranjo institucional da defesa da concorrência pela sociedade brasileira) induz a coletividade a depender primordialmente no CADE para a proteção da concorrência no Brasil.

Ao recorrer ao Poder Judiciário para contestar uma decisão do CADE, o agente econômico infrator procura mitigar os efeitos sancionadores da sentença administrativa com base na morosidade da revisão judicial, reduzindo a possibilidade de a coletividade tomar ciência das condutas ilícitas praticadas. Em vez de aguardar uma decisão do CADE por diversos anos ou somente acompanhar as sanções impostas pela autarquia, os tutelados podem ingressar diretamente com ações judiciais reclamando medidas compensatórias decorrentes do ilícito concorrencial, conforme previsto na Lei Antitruste[10]. Caso tal prática seja difundida, o direito antitruste será popularizado (como aconteceu com o direito consumerista) e será objeto de maior preocupação dos agentes econômicos.

O presente trabalho pretende questionar acerca da tutela jurisdicional cível – mediante o estudo da responsabilidade civil antitruste no Brasil – como uma alternativa eficiente e eficaz para a tutela dos consumidores contra os eventos deletérios dos ilícitos anticompetitivos e para a consolidação da cultura de defesa da concorrência no país.

Uma hipótese desta dissertação é que os desafios jurídicos (de ordem processual) e culturais precisam ser aperfeiçoados, a fim de aproximar a coletividade da ferramenta de reparação civil por ilícitos concorrenciais. Dentre as possíveis respostas, deve ser ponderada a necessidade de mudanças de política pública para fomentar a busca por reparação dos danos provocados pelas condutas anticompetitivas.

Outra hipótese para verificação durante a dissertação será a adequação legislativa e jurisprudencial para atribuir efetividade à reparação civil antitruste no ordenamento jurídico brasileiro.

[10] Art. 47 da Lei Antitruste: "Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação." A Lei Antitruste preservou o mesmo dispositivo da lei anterior (art. 29 da Lei nº 8.884/1994), com pequeno ajuste.

Os objetivos gerais da dissertação são (i) examinar os elementos da responsabilidade civil no microssistema do direito antitruste; e (ii) verificar a viabilidade de reparação civil por danos decorrentes de ilícitos concorrenciais sob o prisma jurídico.

Os objetivos específicos são (i) tratar da responsabilidade civil concorrencial sob o ponto de vista do objeto e do sujeito; (ii) verificar, com base no desenho institucional posto, a necessidade de a coletividade engajar-se diretamente na defesa da concorrência, por meio de medidas judiciais buscando a reparação de danos sofridos em razão de ilícitos concorrenciais; e (iii) identificar o papel do Poder Judiciário para a eficaz proteção da coletividade no âmbito da defesa da concorrência.

O método científico adotado será o dedutivo e o tipo de pesquisa, bibliográfico-documental. Após a definição das premissas relacionadas à responsabilidade civil e ao direito da concorrência no Brasil, serão formadas a relações lógicas para obter as conclusões relacionadas ao objeto da dissertação.

Quanto aos procedimentos instrumentais, serão adotados a revisão da jurisprudência e o estudo da doutrina nacional e internacional especializada, com a necessária articulação de conceitos de direito civil (responsabilidade civil) e do direito concorrencial.

A dissertação será dividida em cinco capítulos após a presente introdução, que visa abordar o direito concorrencial no Brasil, destacando o desenho institucional previsto na legislação e o quadro atual de desenvolvimento. O capítulo 1 possui o intuito de apresentar brevemente o arranjo institucional da defesa da concorrência no Brasil, os principais dispositivos legais da Lei Antitruste e o conceito de conduta anticompetitiva, imprescindível para a análise subsequente da responsabilidade civil concorrencial.

Em seguida, o capítulo 2 busca avaliar a responsabilidade civil sob o ponto de vista do objeto, com enfoque nos elementos objetivos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico (infração, dano, nexo de causalidade) em comparação aos elementos para responsabilização administrativa em matéria antitruste.

O capítulo subsequente destina-se a analisar a responsabilidade civil sob o ponto de vista do sujeito (autor e vítima da infração antitruste), incluindo a análise sobre a definição de grupo econômico e as formas de mitigação da limitação de responsabilidade das pessoas jurídicas (sob a forma de sociedades limitadas ou anônimas).

O capítulo 4 enfrenta os desafios atuais para a materialização da responsabilidade civil antitruste, incluindo sugestões de aprimoramento dos mecanismos jurídicos para aumento da

efetividade da ferramenta de reparação civil de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais. Em seguida, o capítulo final encerra a presente dissertação, considerando o problema e as hipóteses determinados a priori, a fim de formular as conclusões da pesquisa realizada.

1 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

1.1. Breve histórico

O direito da concorrência (ou direito antitruste) ainda é considerado um ramo novo do direito brasileiro. Apesar de a doutrina observar a disciplina da concorrência de modo inicial em períodos remotos da História, como na Antiguidade Grega e Romana[11], o moderno antitruste somente foi consolidado pelo advento do *Sherman Act*, lei norte-americana de 1890, complementada pelo *Clayton Act* de 1914. Essa legislação possibilitou a tipificação de práticas potencialmente anticompetitivas e análise de operações societárias sensíveis sob a ótica concorrencial, servindo de marco para a difusão do direito da concorrência pelo mundo.

No Brasil, a construção do direito antitruste foi tortuosa. É possível afirmar que a tutela da concorrência somente passou a ser eficaz a partir da publicação da Lei nº 8.884/1994. Não obstante os vestígios da proteção da concorrência na década de 1930[12], e de medidas salutares, como o Decreto-Lei nº 7.666/1945[13] e a Lei nº 4.137/1962[14], que institui o CADE, não há como tratar de forma robusta o direito antitruste antes da vigência da Lei nº 8.884/1994.

Com a reestruturação patrimonial do Estado, identificada com o processo de privatizações e surgimento de agências reguladoras, surgiu a defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal. A política de defesa da concorrência passou a ter maior vigor a partir da

---

[11] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 37-41.

[12] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77-78; e FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 37-41. p. 103-120.

[13] Esse diploma é reconhecido como modificador do rumo do direito concorrencial no Brasil, ao ser a primeira iniciativa concreta de organização e sistematização de normas para disciplina do abuso do poder econômico. Fruto do projeto elaborado por Agamemnon Magalhães, esta norma, conhecida como Lei Malaia, foi introduzida pelo governo Getúlio Vargas com intuito de sancionar administrativamente tais abusos, sem disciplinar em âmbito penal. Apesar da relevância histórica, a Lei Malaia somente vigorou por três meses, sendo revogada ao término do governo Getúlio Vargas sob a impressão de proteger interesses protecionistas.

[14] Esta lei vigorou por 29 (vinte e nove) anos desprovida de eficácia material, com surtos de atividade intermitentes que era abafada pelas intervenções judiciais. Ver FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 37-41. p. 108-120; e CORDOVIL, Leonor *et al*. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

promulgação da Lei nº 8.884/1994, coincidindo com diversas reformas na economia brasileira de caráter neoliberal[15] e medidas para estabilização da moeda[16] (Plano Real).

Durante a vigência da referida lei, o CADE ganhou reputação, autonomia institucional e maior força política[17]. Adicionalmente, foi durante este período que o CADE solidificou sua metodologia para análise de atos de concentração e começou a estruturar o combate a carteis e outros ilícitos concorrenciais.

Após a efetiva consolidação do direito concorrencial no Brasil, o legislador resolveu alterar o marco legal para elevar os critérios concorrenciais aos melhores padrões internacionais. Nesse sentido, passou a vigorar no Brasil, desde 29 de maio de 2012, a Lei Antitruste.

Atualmente, compete afirmar que a tutela jurídica da concorrência emana da Constituição, podendo ser denominado como princípio constitucional econômico da livre concorrência. Nos termos do art. 170, IV, da Constituição[18], a livre concorrência está arrolada como um dos nove princípios da ordem econômica, devendo ser observada por todos. O art. 173, § 4º Constituição prevê a existência da Lei Antitruste, ao estabelecer que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

---

[15] "No Brasil, a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementariedade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudava a estruturar esse poder, tomava-o como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada à dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento de agências de regulação. O discurso da retirada do Estado dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal" (CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21).

[16] "Após o fracasso dos Planos Collor I e II e a crise política que marcaram o começo do período, iniciou-se com o Plano Real, a partir de 1994, um processo de estabilização do valor da moeda" (YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 278).

[17] Conforme relatório elaborado em 2010 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos sobre a política de defesa da concorrência no Brasil (ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994), "[o] novo sistema de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência ganhou rapidamente reputação de profissionalismo e esforço, ao mesmo tempo em que suas decisões refletiam um novo entendimento da política e análise da concorrência" (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS – OCDE. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. Paris, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2014.).

[18] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência;"

Legitimada pela previsão constitucional, a tutela da concorrência foi atribuída, no âmbito administrativo, às autoridades componentes do denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC"): (i) CADE; e (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda ("SEAE"). `

Contudo, à SEAE somente compete promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, atividade conhecida como advocacia da concorrência. Ou seja, ao CADE compete todas as demais atividades de prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica inerentes a um órgão antitruste nacional.

A política de defesa da concorrência, tradicionalmente, possui duas vertentes: (i) atuação preventiva; e (ii) atuação repressiva. Por meio desses dois tipos de atuação, a autoridade concorrencial busca manter níveis apropriados de competição no mercado e preservar o princípio constitucional da livre iniciativa, com o objetivo último de gerar bem-estar. A atuação repressiva do direito concorrencial refere-se à investigação e punição de atos anticompetitivos, adotados por agente econômico – ou grupo de agentes econômicos – com poder de mercado[19].

A atuação preventiva na defesa da concorrência, por sua vez, refere-se ao controle de estruturas dos mercados. Mediante essa vertente, o CADE analisa atos e negócios jurídicos (denominados atos de concentração) que possam gerar concentração de mercado e efeitos concorrenciais adversos[20]. A presente dissertação tratará somente da vertente repressiva, por possuir interface direta com os ilícitos concorrenciais causadores dos danos sujeitos a reparação civil.

No passado recente, alguns marcos temporais relevantes, relacionados ao combate a ilícitos concorrenciais no Brasil, merecem destaque:

---

[19] O poder de mercado ou econômico é geralmente definido como a capacidade de um agente econômico de agir de forma independente do mercado, como, por exemplo, aumentar preços ou restringir oferta. Tal situação seria a antítese do cenário de concorrência perfeita, no qual nenhum agente possui, individualmente, poder para influenciar a dinâmica concorrencial, cujas regras são ditadas pelas forças da oferta e procura (BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 103-104). Segundo o parágrafo 2º do artigo 36 da Lei Antitruste, o poder de mercado é presumido quando o agente detém ao menos 20% de participação de mercado.

[20] Nesse sentido, o parágrafo 5º do artigo 88 da Lei Antitruste determina que "[s]erão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços".

(i) em 2000[21], foram inseridos no ordenamento jurídico os conceitos de acordo de leniência e busca e apreensão[22] para fins concorrenciais, com a possibilidade de Secretaria de Direito Econômico[23] ("SDE") celebrar acordo de leniência com o infrator delator e também solicitar ao Poder Judiciário, por meio da Advocacia-Geral da União, busca e apreensão de documentos considerados importantes para a investigação antitruste;

(ii) em 2003, foi celebrado o primeiro acordo de leniência[24] no Brasil, que resultou na condenação dos demais cartelistas pelo CADE em 2007, e a primeira busca e apreensão solicitada pela SDE[25], que resultou na condenação dos envolvidos no cartel das britas pelo CADE em 2005;

(iii) em 2009, foi criado o Dia Nacional de Combate a Cartéis, comemorado anualmente no dia 08 de outubro, a fim de promover a cultura da concorrência; e

(iv) a partir de 2012, com a vigência da Lei Antitruste, foi constatada maior celeridade na condução dos processos administrativos e maior foco dos Conselheiros em apreciar condutas anticompetitivas[26].

1.2. Arranjo institucional atual

[21] Por meio da lei nº 10.149/2000, que modificou a lei nº 8.884/1994. A atual Lei Antitruste incorporou as previsões de busca e apreensão e acordo de leniência ao texto legal em vigor.

[22] Entre os anos de 2010 e 2014, foram celebrados 26 (vinte e seis) acordos de leniência com as autoridades administrativas de defesa da concorrência e realizadas 18 (dezoito) operações de busca e apreensão solicitadas pelas autoridades de defesa da concorrência no Brasil. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço do triênio da Lei 12.529/11**. 2015, p. 22-23. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%203%20anos%20nova%20lei-atualizado.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.)

[23] A SDE era membro integrante do SBDC até a entrada em vigor da Lei Antitruste. Atualmente as atribuições desempenhadas outrora pela SDE são de responsabilidade da Superintendência-Geral do CADE, órgão competente pela celebração de acordos de leniência (art. 86) e solicitação de busca e apreensão (art. 13, VI, d).

[24] Pelos signatários do acordo Vigilância Antares Ltda. e seu administrador Rubem Oreli, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 (cartel dos vigilantes).

[25] Realizada na sede do Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo – Sindipedras.

[26] Segundo dados do CADE, é possível verificar a mudança de postura em razão da Lei Antitruste. Em 2011, os atos de concentração representaram 88% (oitenta e oito por cento) dos processos julgados pelo CADE, enquanto que em 2014, foram responsáveis por apenas 66% (sessenta e seis por cento) dos processos julgados. O aumento de produtividade em relação à apuração de condutas anticompetitivas também pode ser constatada por dados oficiais. Em 2011, o CADE julgou apenas dezesseis casos de condutas anticompetitivas, com a condenação de uma conduta anticompetitivas. Em 2014, sob a vigência da Lei Antitruste, foram julgados 57 (cinquenta e sete) processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, com a condenação de 39 (trinta e nove) práticas anticompetitivas.

Conforme abordado inicialmente na introdução e constatado no breve histórico acima, o CADE assumiu o papel de promotor da defesa da concorrência no Brasil, atuando de modo proativo nas últimas duas décadas. Contudo, há um desejo institucional mais amplo previsto na legislação que ainda precisa ser estimado, a fim de reequilibrar o cenário e permitir a disseminação da cultura da concorrência e a eficácia do direito antitruste.

O CADE é uma autarquia federal constituída por três órgãos: (i) Superintendência-Geral; (ii) Departamento de Estudos Econômicos ("DEE"); e (iii) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica ("Tribunal").

A Superintendência-Geral é a encarregada pela investigação e condução dos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. O Superintendente-Geral possui mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução subsequente. Com a exigência de ter mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, ele é nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal. Os 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos são escolhidos pelo Superintendente-Geral, sendo os referidos cargos de dedicação exclusiva.

Após a emissão do parecer da Superintendência-Geral acerca dos processos administrativos, esta posição é submetida ao crivo do Tribunal, composto por 6 (seis) Conselheiros e 1 (um) Presidente. Os mandatos são de 4 (quatro) anos, não coincidentes e sem recondução. Os postulantes aos cargos de Presidente e Conselheiros precisam preencher as mesmas exigências indicadas acima para assumir tais funções, que também são de dedicação exclusiva. A fim de conferir mais independência aos membros, eles não são demissíveis *ad nutum*, como os Ministros de Estado ou demais funcionários públicos em cargos comissionados.

A fim de conferir maior independência aos Conselheiros e evitar captura política, os membros do Tribunal somente perderão os seus mandatos no caso de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar decorrente de desrespeito às competências e restrições para desempenho das funções previstas na Lei Antitruste.

O DEE, por sua vez, é responsável por elaborar pareceres técnicos a pedido da Superintendência-Geral ou do Tribunal, auxiliando-os com dados e análises econômicas relacionadas ao caso, aos agentes econômicos envolvidos ou ao mercado sob análise.

Para apreciação de um caso, o Tribunal precisa indicar um Conselheiro-Relator, que conduzirá a análise do caso à luz da posição da Superintendência-Geral, das partes envolvidas e das demais manifestações constantes nos autos. Após a elaboração do voto pelo Conselheiro-Relator, o caso é pautado na reunião ordinária do Tribunal para apreciação e tomada de decisão.

O CADE é um dos órgãos de defesa da concorrência mais admirados do mundo[27], e apresentou salto de qualidade em sua atuação a partir da Lei Antitruste. No triênio de vigência da referida norma, a autarquia condenou 78 condutas anticompetitivas e aplicou multas no valor total superior a R$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais)[28].

Considerando a impossibilidade de recurso hierárquico após a decisão do Tribunal[29], é correto afirmar que o CADE é a única instância administrativa de apreciação dos casos sob a ótica estritamente concorrencial. É evidente que as partes podem recorrer da decisão administrativa em esfera judicial, conforme previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal[30], que estabelece o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O Superior Tribunal de Justiça ("STJ") posicionou-se de modo claro acerca da possibilidade de revisão das decisões administrativas do CADE, conforme voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin:

> [É] equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do Cade (ou de qualquer instância da Administração), concentrando no órgão administrativo competência originária exclusiva para o exame de ilícitos anticoncorrenciais. Isso contraria não só a Constituição Federal como também a ideia da mais ampla repressão de fatos jurídicos de múltipla incidência previstos, v.g., nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994[31], de elevada reprovabilidade social e profundos impactos sobre o jurisdicionado[32].

---

[27] Por exemplo, o CADE recebeu por duas vezes o prêmio de melhor órgão antitruste das Américas da publicação Global Competition Review – GCR nos anos de 2010 e 2014.

[28] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço do triênio da Lei 12.529/11**. 2015, p. 13. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%203%20anos%20nova%20lei-atualizado.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

[29] Art. 9º, § 2º, da Lei Antitruste: "§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições."

[30] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

[31] Referência compatível ao art. 36 da Lei Antitruste.

[32] Trecho retirado do voto do Ministro Herman Benjamin proferido no âmbito do Recurso Especial nº 1.181.643 - RS (2010/0028927-4). (STJ, Recurso Especial nº 1.181.643 - RS (2010/0028927-4), Min. Herman Benjamin, julg. 01 mar. 2011)

A revisão judicial das decisões administrativas é uma das funções relevantes do Poder Judiciário, mas o CADE costuma enfrentar problemas de efetividade de suas decisões restritivas ou condenatórias em razão dos recursos judiciais apresentados pelos apenados. Em pesquisa encomendada pela CNJ e publicada em 2014, foi traçado o seguinte diagnóstico do Judiciário em relação à revisão de decisões das agências reguladoras e do CADE: (i) morosidade excessiva para tomada de decisão definitiva; (ii) concessão de liminares com efeitos suspensivos da decisão administrativa e da instrução processual; (iii) mudança excessiva de entendimentos nos provimentos liminares, com sequências de revogações e novas concessões de medidas liminares; (iv) despreparo institucional, com carência de conhecimento de políticas públicas e técnica adequada, indicado por meio do tempo excessivo e do conteúdo das decisões; e (v) tendência de confirmação das decisões administrativas pelos tribunais superiores[33].

Cumpre notar que a finalidade da condenação administrativa é punitiva e não reparatória. Todos os valores pagos pelos infratores em razão de decisão do CADE (ou acordo celebrado com a autoridade) são destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos[34], não sendo assim revertido para a autoridade nem para as pessoas eventualmente lesadas pela conduta anticompetitiva.

A Lei Antitruste[35] reservou à prática mais gravosa de ilícito concorrencial – o cartel – a natureza adicional de crime, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Assim, os ilícitos concorrenciais relacionados à prática concertada (inclusive cartel em licitações) sujeitam os envolvidos (pessoas físicas e representantes das pessoas jurídicas) à persecução criminal conduzida pelo Ministério Público em juízo.

Apesar da menção anterior à independência das esferas administrativa, cível e criminal quanto à análise de ilícitos concorrenciais, uma eventual condenação criminal por cartel possuirá repercussão em esfera cível, nos termos do art. 935 do Código Civil[36] e do art. 63 do

---

[33] MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014. p. 247-248.

[34] Art. 17, § 3º, da Lei Antitruste: "§ 3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Cade, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei no 9.008, de 21 de março de 1995."

[35] A Lei Antitruste alterou o art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990.

[36] Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Decreto-Lei nº 3.689/1941, o Código de Processo Penal ("CPP")[37]. O art. 64 do CPP[38] confirma a possibilidade de ação civil tramitar em paralelo à ação criminal, mas o juiz do litígio cível pode suspender o curso da ação enquanto aguarda a solução da ação criminal. Dessa forma, é possível afirmar que a existência do ilícito não poderá ser discutida em esfera cível se a mesma conduta for considerada uma infração penal em sentença condenatória transitada em julgado.

Inexiste possibilidade legal para alegação de *bis in idem* em razão da aplicação de diferentes normas jurídicas ao mesmo caso concreto, pois os interesses tutelados são diferentes. O STJ também confirmou a sua posição nesse sentido:

> Não haveria qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis[39].

Outra possibilidade – a ser explorada na presente dissertação – é a busca de reparação dos danos causados pelo ilícito concorrencial, na qual a vítima do dano recorre ao Poder Judiciário (ou ao juízo arbitral) para apuração da responsabilidade civil do infrator e do valor a ser indenizado à pessoa ou à coletividade lesada.

Conforme afirmado por Paula Forgioni, assim como o Ministério Público, "a advocacia é primordial para a difusão da concorrência no país[40]". Afinal, o *Parquet* pode atuar na propositura de ações cíveis tutelando a coletividade, mas os agentes também podem individualmente, por meio de seus advogados, buscar a reparação de danos em esfera cível, desenvolvendo assim essa outra alternativa prevista em lei.

Roberto Pfeiffer elencou as cinco situações em que a esfera cível pode ser acionada para tratar sobre matéria de defesa da concorrência: (i) quando o CADE busca amparo judicial para

---

[37] Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

[38] Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

[39] Trecho retirado do voto do Ministro Herman Benjamin proferido no âmbito do Recurso Especial nº 1.181.643 - RS (2010/0028927-4). (STJ, Recurso Especial nº 1.181.643 - RS (2010/0028927-4), Min. Herman Benjamin, julg. 01 mar. 2011)

[40] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 155.

executar as suas decisões; (ii) no caso de revisão judicial de decisão administrativa demandada pelo administrado; (iii) quando são propostas ações individuais para a tutela do direito individual lesado; (iv) na hipótese de propositura de ação civil pública para a tutela da livre concorrência; ou (v) no caso de ajuizamento de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos em virtude de lesão a direitos por conduta anticompetitiva[41].

Assim, é possível ilustrar o tripé existente no direito brasileiro para a defesa da concorrência, com a consciência de que atualmente a esfera administrativa possui destaque em relação às demais, sendo o CADE potencial colaborador das demais atuações em âmbito cível e criminal.

Figura 1. Desenho institucional da defesa da concorrência no Brasil

[41] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004. p. 12.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PONTO DE VISTA DO OBJETO

De fato, toda atuação humana invade ou, ao menos, tangencia o campo da responsabilidade[42]. Como aspecto da realidade social, traduz a ideia de restauração de equilíbrio, de reparação de um dano, seja ele moral ou patrimonial, decorrente da violação de normas morais ou jurídicas. Surge como consequência do descumprimento espontâneo de uma obrigação, não havendo, portanto, confusão entre esses dois conceitos[43].

A responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação, decorrente da violação de um dever originário, de reparar os prejuízos da vítima, sendo um instrumento gerador de efeitos jurídicos com a finalidade de reestabelecer o equilíbrio perdido no momento em que ocorreu a infração[44], restituindo o lesado ao *status quo ante*.

Como uma reação decorrente de uma infração a um dever preexistente, a responsabilidade civil constitui uma sanção civil, ao mesmo tempo que possui natureza compensatória, pois abrange a indenização ou reparação do dano causado[45]. Também possui uma função dupla: (i) garantir o direito da vítima à segurança; e (ii) punir o autor, desestimulando a práticas de novas infrações.

Dentre as diversas formas de classificação da responsabilidade civil, destaca-se, para os fins da presente dissertação, a classificação ao seu fundamento, sendo dividida entre subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva (responsabilidade civil *stricto sensu*) caracteriza-se pela existência dos seus elementos essenciais: (i) ato ilícito (infração); (ii) dano; (iii) nexo causal; e (iv) culpa.

No caso do direito antitruste, o elemento culpa não é necessário, pois a responsabilidade civil decorrente da infração prevista na Lei Antitruste é objetiva (responsabilidade civil *lato sensu*). Nos termos do artigo 36 da referida norma – melhor explorado a seguir – as condutas anticompetitivas são ilícitas "independentemente de culpa", enquadrando-se a

[42] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil.** v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.
[43] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21-22.
[44] MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 108-109.
[45] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24-25.

responsabilização civil do direito concorrencial na hipótese da primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que assim estabelece:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Serão abordados nesse capítulo os elementos (i) ato ilícito (infração); (ii) dano; (iii) nexo causal; e (iv) culpa do agente.

2.1. O ato ilícito

O ato ilícito é um ato previsto em lei como uma conduta reprovável que resulta em uma sanção. O Código Civil trata sobre o ato ilícito em seu artigo 927, combinado com o artigo 186. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no art. 186 do Código Civil, que prescreve: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Também o comete quem abusa de seu direito (art. 187).
> Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (CC, art. 927). É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem.
> O Código Civil de 2002 aperfeiçoou o conceito de ato ilícito, ao dizer que o pratica quem "violar direito e causar dano a outrem" (art. 186), substituindo o "ou" ("violar direito ou causar dano a outrem"), que constava do art. 159 do diploma anterior. Com efeito, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo[46].

No direito brasileiro, a noção de ato ilícito é causa da responsabilidade civil. Desse modo, o agente que praticou o ato – seja por ação ou omissão – fica obrigado a reparar o dano.

[46] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.33.

Nos termos da lei, a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda por decorrer de coisas e animais que a ele pertençam.

No caso do direito concorrencial, o legislador redigiu o artigo 36 da Lei Antitruste para dispor sobre as condutas anticompetitivas, tratadas pela norma como "infrações da ordem econômica". Primeiramente, é importante analisar a redação do *caput* do referido artigo:

> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
> I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
> II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
> III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Ao iniciar a leitura, nota-se que o legislador quis abarcar no conceito de ilicitude todos os atos com o propósito de ferir a concorrência, conforme listados nos quatro incisos. Estão abarcados inclusive os atos que não produzam efetivamente qualquer efeito, bastando a potencialidade. Apesar de tais atos serem considerados ilícitos e punidos em âmbito administrativo, os mesmos não serão apreciados na presente dissertação, pois não resultam em responsabilidade civil por ausência de lesão a terceiros.

Os quatro incisos possuem redação sujeita a críticas doutrinárias, como a imprecisão e sobreposição das previsões. Seria possível, por exemplo, consolidar todos os incisos no primeiro, pois o mesmo possui redação genérica[47]. Outra interpretação pertinente é a inserção do inciso II no inciso I e do inciso III no inciso IV[48], aglutinando as hipóteses na divisão doutrinária tradicional: acordos entre agentes econômicos e abuso de posição dominante.

A legislação não limita a qualquer modalidade específica como serão perpetradas as condutas anticompetitivas. Contudo, para melhor nortear a sociedade sobre o escopo da norma, o legislador elaborou lista exemplificativa constante no §3º do artigo 36 da Lei Antitruste[49].

---

[47] TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Método, 2012. p. 158-159.
[48] GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel – teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007. p. 150-160.
[49] "§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas

Dentre os ilícitos concorrenciais existentes, o mais relevante para as autoridades e para os doutrinadores é o cartel. Considerando o objetivo desse estudo, o cartel será utilizado como exemplo de infração, permitindo a simplificação da análise com o intuito de abordar a responsabilidade civil concorrencial.

Portanto, a forma adotada por membros de um cartel para estruturar o acordo ilícito é irrelevante para a caracterização da infração. Desse modo, tanto cartéis formalizados explicitamente, por meio de acordos escritos, ou tacitamente, *i.e.*, sem a existência de um acordo propriamente dito, podem ser penalizados pelo direito concorrencial se obtidas provas suficientes para provar sua existência.

O acordo tácito está relacionado com a ideia do "comportamento paralelo intencional" mencionado por Calixto Salomão Filho[50]. A instabilidade do cartel, causada pelo incentivo de seus participantes oportunisticamente burlarem o acordo, faz com que o arranjo horizontal tácito seja mais difícil de ocorrer. Consequentemente, a teoria econômica indica que a forma tática somente poderá ocorrer em mercados que apresentem fatores estruturais que confiram maior estabilidade ao acordo (v.g., homogeneidade do produto, presença de poucos concorrentes, baixa taxa de inovação, existência de barreiras ao mercado, transparência de preços).

No contexto norte-americano, Herbert Hovenkamp ressalta o fato de que as autoridades públicas concentram seus esforços principalmente com casos nos quais é mais fácil

---

ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca."

[50] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 570.

provar o acordo ou contrato anticoncorrencial, embora os cartéis tácitos sejam aqueles que causam os maiores prejuízos aos consumidores:

> "[o]ne disconcerting conclusion for antitrust policy is that oligopoly strategies can be more stable and free from incentives to cheat than are cartel strategies. [...] A related, equally disturbing conclusion is that the agreement requirement obliges antitrust enforcers to put their limited resources in the wrong place. Since antitrust laws require 'agreement', enforcement money is generally spent in areas where an agreement can be proven. But only the least stable situations require a qualifying antitrust agreement. In those areas where cooperative interaction among firms is likely to do the most damage, no 'agreement' is required" [51]

É importante observar que nem todos os acordos entre concorrentes são penalizados pelo direito concorrencial. Na sistemática do direito concorrencial brasileiro, mesmo os atos com potencial produção de efeitos anticoncorrenciais podem ser considerados lícitos, caso tais efeitos adversos sejam compensados por ganhos de eficiência. É o que prevê o art. 88, parágrafo 6º da Lei Antitruste:

> "Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:
> I - cumulada ou alternativamente:
> a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
> b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
> c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e
> II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes".

O mencionado dispositivo legal refere-se à aprovação de atos de concentração (análise prévia) que gerarão eficiências, sendo discutível a sua aplicação à análise *ex post*. Corrobora o argumento contrário à aplicação na análise de condutas anticompetitivas a análise topográfica do dispositivo transcrito acima, ao inserir-se no capítulo dos atos de concentração na Lei Antitruste. Em contraponto, é possível defender a utilização da mesma lógica prevista para atos de concentração na análise de condutas anticompetitivas, pois não seria razoável que o CADE condenasse práticas que geram eficiências em compensação aos efeitos anticoncorrenciais criados, uma vez que a mesma autoridade adota tal visão para análise *ex ante* das operações dos agentes econômicos.

---

[51] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005.

A ponderação dos efeitos e do contexto no qual se insere a prática anticoncorrencial foi introduzida pelos tribunais norte-americanos por meio da "regra da razão" (*rule of reason*). Segundo essa regra, algumas condutas anticompetitivas deveriam ser consideradas ilícitas *per se* – *i.e.*, o simples fato de adotá-las seria considerado ilegal – enquanto outras condutas deveriam ser analisadas levando-se em consideração as circunstâncias e o contexto no qual estavam inseridas[52]. Enquanto na prática norte-americana a necessidade de ponderação dos efeitos construiu-se por meio do esforço jurisprudencial, no Brasil ela se dá por força de previsão legal do art. 88, parágrafo 6º da Lei Antitruste acima citado. Assim, não há no ordenamento brasileiro qualquer prática que seja considerada ilegal *per se*[53]. No entanto, dada a inexistência de eficiências criadas pelo cartel, a prática é usualmente condenada pelo CADE sem que haja ponderação de seus efeitos.

Cumpre notar recente posicionamento do CADE visando mitigar a relevância do debate sobre a aplicação da regra *per se* ou da regra da razão, conforme voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44:

> Na verdade, entendo que o que chamamos de regras "da razão" e "per se" nada mais é senão os dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito para lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial[54].

Outros acordos, como aqueles que estabelecem colaboração entre concorrentes para alcançar uma finalidade comum ou outro tipo semelhante de interação entre competidores devem ser analisados por meio da ponderação de efeitos, muito embora possam envolver a fixação de preços ou regulação de condições de concorrência. Portanto, a prática do cartel, conforme aqui descrita e tipificada pela Lei Antitruste, refere-se a acordos horizontais com o

---

[52] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 253-268.

[53] Cf. FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 134; MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Notas sobre o Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil**. Textos para Discussão IE/UFRJ nº 458. Rio de Janeiro: UFRJ, 2001; e BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

[54] Trecho retirado do voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo emitido no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. (CADE, Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, Rel. Cons. César Costa Alves de Mattos, julg. 30 jan. 2013).

único intuito de regular variáveis relevantes da dinâmica concorrencial, como preços, quantidade, qualidade, área de atuação, dentre outras[55].

Assim, o cartel é caracterizado como a prática pela qual concorrentes estabelecem acordo, sob qualquer forma, tácito ou explícito, cujo objetivo central é regular suas condições de concorrência, de modo a maximizar seus lucros, sem nenhum tipo de contrapartida (*i.e.*, criação de eficiências) para o consumidor.

O cartel é considerado a prática mais danosa à coletividade. Além de afetar o bem-estar da sociedade e transferir renda dos consumidores para os participantes do cartel, os acordos horizontais também envolvem um custo social representado pela alocação ineficiente de recursos e meios de produção. As substituições imperfeitas que os consumidores são forçados a realizar em razão da escassez artificial criada pelo cartel faz com que seja gerada uma perda líquida para a economia, prejudicando de maneira ainda mais incisiva a coletividade. Ademais, a análise empírica indica que a renda extraída do consumidor pelos membros do cartel muitas vezes é utilizada para proteger o domínio criado.

Nesse sentido, os mecanismos de supervisão, monitoramento e fiscalização do acordo, assim como todas as cautelas adotadas pelos seus membros para manter o conluio em confidencialidade representam custos substanciais, consumindo recursos que poderiam ser utilizados em outras atividades, como em investimentos em pesquisa e desenvolvimento, ampliação de unidades de produção e melhoria de distribuição dos produtos.

Ademais, deve-se considerar a classificação da responsabilidade quanto à origem entre contratual e extracontratual, sendo a primeira relacionada ao descumprimento de previsão contratual e a segunda decorrente de uma infração legal, não disposta em contrato. Ao considerar a referida classificação doutrinária, utilizando o cartel como exemplo de infração anticompetitiva, deve-se classificar tal responsabilidade civil como extracontratual, "pois o prejuízo gerado aos compradores não decorre da violação do contrato de compra e venda celebrado com o fornecedor, sendo ele um dos cartelistas ou não[56]". O prejuízo deriva do conluio entre os infratores, fator externo aos negócios jurídicos individuais relacionados à aquisição e venda dos produtos

[55] As práticas que possuem como único objetivo restringir a concorrência são tratadas pelo direito concorrencial norte-americano como "naked restraints", em oposição às práticas que, embora restrinjam a concorrência, buscam a criação de eficiências, chamadas de "ancillary restraints" (HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 125).

[56] MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 114.

Constatada a adequação das condutas anticompetitivas sancionadas na Lei Antitruste ao conceito de ato ilícito previsto na responsabilidade civil, deve-se prosseguir com a análise dos demais elementos essenciais.

2.2. O dano

O dano pode ser definido como a lesão sofrida em decorrência do ato ilícito causado por outrem. É essencial, porém, que haja prova real e concreta do dano, seja ele material ou moral, sem a qual não é possível imputar responsabilidade civil ao agente.

Para a responsabilidade civil em matéria de direito da concorrência, o dano costuma ser indicado como um dos principais desafios. Mesmo que seja possível identificar genericamente o ato causador do dano, o desafio reside em apreciar a extensão do dano e a consequente reparação devida pelo infrator.

O cartel é geralmente indicado como a prática mais nociva ao consumidor, em razão das perdas substanciais que gera. Estima-se que o cartel implique em sobrepreço de 10 a 20% com relação ao preço em condições normais de concorrência[57]. Na literatura econômica e jurídica[58], o custo social do cartel é geralmente medido por meio do peso morto (*deadweight loss*) gerado pela prática e que será abaixo explicado.

Em condições de concorrência perfeita, os agentes econômicos não são capazes de estabelecer o preço de seus produtos (que é, portanto, estabelecido pelo mercado), podendo apenas determinar a quantidade que produzirão. Por esse motivo, os agentes aumentam a quantidade ofertada até que o custo de produção de uma unidade adicional (custo marginal) se iguale ao preço dado pelo mercado, de modo a maximizar sua receita. Na medida em que o nível de competição diminui e as condições de mercado se afastam do cenário de concorrência perfeita, a quantidade produzida pelo agente econômico diminui, causando, consequentemente, o aumento dos preços.

No entanto, enquanto houver concorrência, nenhum dos agentes econômicos presentes no mercado poderá diminuir discricionariamente a quantidade ofertada, pois correrá o risco de que a demanda reprimida seja suprida por seu rival. Pode-se perceber, portanto, que a

---

[57] BRASIL. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/Cartilha_Carteis.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.
[58] HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 5.; KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 301-302; e STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus. 2003. p. 224.

concorrência possui papel primordial na manutenção de preços em patamares justos e na criação de incentivos para inovar e aprimorar produtos e serviços, já que qualquer tipo de escassez criada artificialmente por um competidor poderá ser sanada pelo seu concorrente, gerando uma constante pressão competitiva sobre os agentes econômicos.

Por essa mesma razão, afirma-se que cartéis são, por natureza, instáveis. Independente da forma ou do método adotado por membros de um cartel, o acordo somente funcionará adequadamente se for capaz de gerar escassez – seja ela de oferta, investimento, qualidade, inovação, ou de qualquer outra variável econômica. Desse modo, todos os participantes do cartel terão incentivo constante para burlar o acordo pactuado com os demais membros e suprir a demanda reprimida criada pela escassez artificial e, assim, ampliar sua participação de mercado.

Quanto maior for a diferença entre o preço e o custo marginal em determinado mercado, maior será o retorno financeiro de seus agentes econômicos e menor será o bem-estar do consumidor, que pagará um valor maior do que o necessário e justo pelos produtos ou serviços. O cartel elimina a concorrência, criando uma situação de monopólio. Nessas situações, o preço situa-se muito acima do custo marginal, criando prejuízos enormes aos consumidores, gerando o peso morto representado da Figura 2 abaixo[59]:

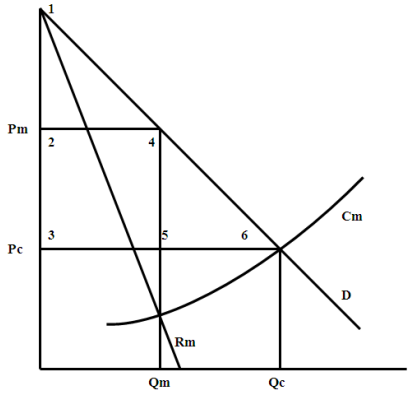

Figura 2. Curvas de oferta e demanda (mercado de concorrência perfeita x monopólio)

Em mercado de concorrência perfeita, conforme demonstrado anteriormente, o preço é dado pelo mercado e os agentes econômicos, com o intuito de maximizar sua receita, produzirão quantidade Qc, equivalente ao patamar no qual o custo de produção de uma unidade adicional é igual ao preço dado pelo mercado (*i.e.*, o patamar no qual o custo marginal encontra

[59] Elaborado a partir de HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 20; e NUNES, A. J. Avelãs. **Economia Política: a produção - mercados e preços**. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2007. p. 373 et seq.

a demanda). Na hipótese de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado, sendo o seu excedente representado pelo triângulo 1-3-6.

Na hipótese de monopólio, por outro lado, o monopolista é responsável pela oferta total do mercado e, portanto, pode produzir a quantidade que preferir. Por força do Princípio de Cournot, o monopolista pode optar por fixar o preço ou a quantidade que preferir, mas nunca os dois simultaneamente:

> "[s]e fixa as quantidades que quer vender, é o mercado que lhe diz o preço por que as compra; se fixa o preço a que deseja transacionar, é o mercado que lhe diz as quantidades que absorve".[60]

Assim, o monopolista buscará estabelecer a sua produção no patamar que apresentar o maior retorno financeiro, *i.e.*, maior lucro. Como o lucro é equivalente à diferença entre o custo de produção e o preço, multiplicado pelo número de unidades produzidas, o monopolista buscará ofertar a quantidade que oferecer o maior retorno financeiro de acordo com a seguinte equação: $l = q\,(p-c)$.

O resultado dessa equação será maximizado totalmente quando o monopolista oferta a quantidade representada na Figura 2 por Qm, no ponto no qual a receita proveniente da produção de uma unidade adicional, a receita marginal, cruza com a curva do custo marginal[61].

Desse modo, o ganho do monopolista é representado na Figura 2 acima pela área definida pelos pontos 2-3-5-4, enquanto o triângulo 4-5-6 representa o peso morto causado pelo monopólio. O custo social do monopólio, portanto, nada mais é do que a perda de eficiência causada pela maximização do retorno financeiro do monopolista. Em razão da escassez causada pelo monopolista, os consumidores buscarão substitutos imperfeitos dos seus produtos ou serviços, criando ineficiência na alocação de recursos. Assim, além de pagar o sobrepreço gerado pelo monopólio, os consumidores também são forçados a buscar transações alternativas no mercado que representam um valor social reduzido[62].

Além disso, o quadrado 2-3-5-4 representa a renda adicional auferida pelo agente econômico em razão de seu monopólio, *i.e.*, a renda transferida do consumidor para o monopolista. No entanto, considerando que mercados monopolizados são atraentes, o agente monopolista deve constantemente adotar precauções para proteger seu domínio. Desse modo,

---

[60] NUNES, A. J. Avelãs. **Economia Política: a produção - mercados e preços**. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2007. p. 375.

[61] Caso o monopolista estabeleça sua quantidade em patamar no qual o custo marginal é maior que a receita marginal, seu retorno financeiro será menor em cada unidade produzida, fazendo que o retorno total diminua.

[62] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 20.

grande parte ou até a totalidade da renda representada pela área do quadrado 2-3-5-4 pode ser utilizada pelo agente econômico para a proteção de seu monopólio[63], gerando uma situação na qual todos perdem.

A partir dessa explicação matemática, é possível verificar que as condutas anticompetitivas causam a transferência de renda dos consumidores para os infratores por meio de uma estrutura ineficiente (e ilegal) de apropriação de riqueza. Todavia, a obtenção dos dados necessários para o cálculo da lesão causada nos casos concretos é muito complexa, o que implica na dificuldade de aplicar o modelo apresentado nos processos apurados na prática.

Após breve visita a conceitos econômicos, é possível confirmar – em abstrato – a existência dos requisitos para que seja configurado um dano indenizável, em caso de cartel: (i) diminuição ou destruição de um bem jurídico pertencente a uma pessoa; (ii) efetividade ou certeza do dano; (iii) causalidade; (iv) subsistência de dano; (v) legitimidade; (vi) ausência de excludente de ilicitude[64].

O cartel tem um enorme potencial lesivo, conforme verificado acima, com a possibilidade de transferência indevida de riqueza dos consumidores para os cartelistas (com a diminuição do bem jurídico do consumidor), além do dano social representado pelo peso morto. Normalmente, a efetividade do dano será provada mediante a argumentação econômica e probabilística, tentando convencer o magistrado de presumir o dano[65]. A causalidade será direta em relação ao consumidor, pois o cartelista causará uma perda direta no patrimônio do consumidor. A subsistência do dano será a regra, exceto se o infrator já tiver reparado o dano ao consumidor, o que é uma possibilidade remota. A legitimidade do consumidor em buscar a sua reparação é garantida, por ser titular do direito atingido e possuir respaldo na redação do art. 47 da Lei Antitruste. Por fim, não devem ser opostas excludentes de ilicitude no caso concreto, em razão da peculiaridade das condutas anticompetitivas (e, em especial, do cartel).

2.3. O nexo de causalidade

O nexo de causalidade – ou relação de causalidade – é o elo entre o ato praticado por determinada pessoa e a lesão produzida, sem o que não há obrigação de indenizar. Segundo destacado por Sergio Cavalieri Filho, o conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico,

---

[63] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 21.
[64] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81-84.
[65] Este é um ponto sensível que será abordado adiante na dissertação.

por decorrer das leis naturais por primeiro. "A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano[66]".

Maria Helena Diniz afirma: "[t]al nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa[67]".

Há três teorias principais relacionadas ao nexo causal: (i) teoria do *conditio sine qua non*; (ii) teoria da causalidade adequada; e (iii) teoria da causalidade necessária.

A teoria da equivalência das condições[68] ou da condição *sine qua non* identifica toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para o dano como causa. Essa teoria atribui grande responsabilidade ao infrator, pois conecta o seu ato com todas as consequências subsequentes, incluindo os danos causados.

Já a teoria da causalidade adequada[69] somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo.

Ambas as teorias foram preteridas no Código Civil, que adotou a teoria dos chamados danos diretos e imediatos (teoria da causalidade necessária), segundo a qual o agente responde somente pelos danos que resultam direta e imediatamente de sua ação ou omissão.

> A terceira teoria, a dos chamados danos diretos e imediatos, nada mais é do que um amálgama das anteriores, uma espécie de meio-termo, mais razoável. Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.[70]

No caso das condutas anticompetitivas, somente é possível configurar o elemento essencial nexo quando há uma clara conexão entre o ato realizado pelo infrator (*v.g.*, cartelista distribuidor de gasolina) e a lesão (*v.g.*, aquisição de gasolina pelo consumidor no posto do cartelista a preço superior ao valor de mercado).

Ao analisar o nexo causal aplicável aos casos de cartel, Bruno Maggi asseverou:

---

[66] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.
[67] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.
[68] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e sua consequência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 374.
[69] LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 25.
[70] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

> Assim, a determinação do nexo causal por meio da causalidade adequada volta a ser a opção mais equilibrada e satisfatória. Essa solução permite a indenização de prejuízos efetivamente sofridos em decorrência do ato lesivo, mas sobre os quais impossível comprovar que inexistiram outras circunstâncias que interferiram na produção do dano. **O cartel seria um evento adequado e suficiente para a produção de tais efeitos e do qual eles seriam um resultado esperado**.[71] (grifos nossos)

A discussão sobre o nexo de causalidade possui terreno fértil para análise dos efeitos da conduta anticompetitiva aos direitos de terceiros. Por exemplo, no caso de acordo entre os fabricantes do produto A para uniformização do preço da produção, em que os fabricantes vendem todos pelo mesmo preço aos pontos de venda, e estes comercializam o produto A aos consumidores finais. Caso provada a existência do cartel, é claro que os pontos de venda poderão reclamar judicialmente por indenização em razão do valor cobrado a mais pelo produto A, pois é evidente o nexo de causalidade na relação entre fabricantes e pontos de venda.

Contudo, há a possibilidade de questionar a existência de nexo de causalidade entre a lesão sofrida pelos consumidores finais (que adquiriam o produto A a preço superior ao valor de mercado) e os fabricantes cartelistas, pois os fabricantes podem argumentar não possuir vínculo com os consumidores e que a eventual lesão foi causada aos pontos de venda e não aos terceiros, com quem não possui relação contratual.

2.4. A culpa

No direito francês, que serviu de inspiração para a redação da legislação brasileira sobre responsabilidade civil, há dificuldades na definição de culpa. Já no direito brasileiro, tal discussão se faz dispensável:

> Parece-nos sem sentido, em nosso direito, qualquer discussão semelhante à que lavrou ardente na França, sobre se o texto indicado exigia ou não a culpa para o estabelecimento da responsabilidade. E isto se deve a que o nosso legislador, em lugar de usar de palavra vaga, como é, em francês, a expressão *faute*, foi suficientemente preciso ao subordinar o dever de reparar a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.[72]

O artigo 186 do Código Civil fala em "ação ou omissão voluntária", para, em seguida, tratar da culpa, caracterizada, nos termos da lei, por "negligência ou imprudência".

---

[71] MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 165.
[72] AGUIAR DIAS, Jose de. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

> O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.
> Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.[73]

A responsabilidade civil passou por uma significativa evolução histórica. Desde as civilizações primitivas, nas quais prevalecia a vingança coletiva, com o estágio da vingança privada prevista na Lei de Talião, a responsabilidade não dependia de culpa, sendo decorrente da reação da vítima contra o causador aparente do dano. O elemento culpa foi sendo introduzido ao longo do tempo, com o abandono gradual do critério objetivo.

Conforme destacado por Bruno Maggi, o elemento culpa como elemento formador da responsabilidade civil voltou a ser questionado "apenas no século XIX, e no século XX a legislação de muitos países passou a reconhecer hipóteses de configuração da responsabilidade objetiva[74]".

Conforme destacado anteriormente, a Lei Antitruste adota a responsabilidade objetiva, não sendo necessária a análise de culpabilidade do infrator para sua punição.

Nos ensinamentos de Alvino Lima, a teoria objetiva fixou as bases na nova concepção da responsabilidade civil, com a transmissão da responsabilidade extracontratual no risco da doutrina para a legislação. Segundo o mesmo doutrinador,

> Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que *les faiseurs d'actes*, nas suas múltiplas atividades, são os criadores dos riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados - *Ubi emolumentum, ibi onus*[75].

---

[73] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-52.
[74] MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 105.
[75] LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 119.

Analisados, ainda que de modo sintético e objetivo, os conceitos de (i) ato ilícito (infração); (ii) dano; (iii) nexo causal; e (iv) culpa do agente, pode-se voltar o estudo da responsabilidade civil do ponto de vista do sujeito, tema a ser abordado no próximo capítulo.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PONTO DE VISTA DO SUJEITO

3.1. O autor da infração

3.1.1. O autor

Quanto ao rol de autores possíveis, a Lei Antitruste abarcou toda a sorte de agentes econômicos, sem qualquer exclusão[76]. Assim, pode figurar como autor de um ilícito concorrencial qualquer pessoa física ou jurídica (*v.g.*, sociedade empresária, sociedade simples pura, fundação), ente não personificado (*v.g.*, consórcio), sindicato, associação de fato ou de direito. São incluídas expressamente não apenas as pessoas jurídicas de direito privado, mas também as de direito público. Empresas públicas e sociedades de economia mista também estão sujeitas à norma concorrencial, mesmo aquelas que operam sob regime de monopólio natural e/ou são fiscalizadas por agência reguladora.

Uma discussão derivada do extenso rol de aplicação da Lei Antitruste refere-se aos atos respaldados por ação governamental que colidem com a defesa da concorrência (*State action doctrine*). Chamada no Brasil de teoria da ação política[77], tal discussão foi importada dos Estados Unidos, onde os governos estaduais conferiam imunidade antitruste a alguns atos baseados em normas emitidas pelo Estado. Segundo destacado pela doutrina, para a concessão de tal imunidade, seria necessário constatar (i) a expressa intenção da norma estadual de substituir a concorrência pela regulamentação; e (ii) a constante supervisão pelo Estado, fiscalizando ativamente o cumprimento da regulamentação imposta[78].

Eduardo Ferreira Jordão constatou ser largamente inviável a repressão de condutas anticompetitivas respaldadas em normas públicas, afirmando haver apenas uma hipótese de sanção pelo direito antitruste a uma conduta baseada em regulação estatal: "no caso em que a regulação seja inválida e (ii) apenas autorize ou encoraje a adoção do comportamento em questão[79]".

---

[76] Art. 31 da Lei Antitruste: "Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal."

[77] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 169.

[78] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 170.

[79] JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 186-187.

Ainda sobre a *State action doctrine*, Roberto Taufick afirma:

> A noção de que, no limite, há nichos nos quais a convivência entre concorrência e regulação é inviável e que a regulação – ao representar a política do Estado (*state action*) e, portanto, manifestação soberana de um dos três poderes – afasta, na presença de ativa supervisão do regulador, a aplicação da concorrência, permanece pouco enfrentada no Brasil[80].

Paula Forgioni esclarece que a Lei Antitruste aplica-se indistintamente, sem observar o tipo de atividade desempenhada pelo autor da infração, mas seria uma afronta à Constituição "admitir que o CADE teria competência para penalizar ou balizar o comportamento dos entes da Administração incumbidos da formulação/implementação de políticas públicas[81]".

3.1.2. Formas de mitigação da individualização de responsabilidade das pessoas jurídicas (previstas na Lei Antitruste)

Após a identificação dos infratores e punição pelo Poder Judiciário por meio de sentença condenatória por responsabilidade civil antitruste, caberá ao autor executar a sentença. Contudo, há situações em que o infrator (v.g., sociedade empresária limitada com patrimônio irrisório) não possui condições para arcar com a condenação ou faz parte de uma estrutura societária planejada para segregar atividades e riscos em diversas sociedades.

Com o intuito de eliminar qualquer separação patrimonial que possa servir de obstáculo para a reparação das lesões causadas pela conduta anticompetitiva, o legislador estabeleceu a regra do artigo 33 da Lei Antitruste[82], com a consequente solidariedade entre os membros do grupo econômico do infrator. A solidariedade não comporta benefício de ordem e nasce da disposição legal, a fim de evitar argumentos de ordem formal ao não pagamento das sanções decorrentes do ato ilícito.

Conforme destacado por Marina Grimaldi de Castro recentemente, enquanto no direito concorrencial há a solidariedade entre os membros do grupo econômico em razão da infração antitruste, "no direito societário, a responsabilidade pelas obrigações contraídas por um dos

---

[80] TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v. 3, n. 2. Brasília: Banco Central do Brasil, 2009. p. 99.

[81] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 145.

[82] Art. 33 da Lei Antitruste: "Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica."

componentes de um grupo econômico, de fato ou convencional, como regra geral, não é estendida aos demais[83]".

Cumpre notar que a Lei Antitruste abarca todos os membros do grupo econômico do infrator, uma inovação em relação à Lei nº 8.884/1994, que determinava a solidariedade entre os integrantes do grupo econômico envolvidos na conduta anticompetitiva, não vinculando necessariamente todos os membros do grupo econômico.

Destaca-se também que a solidariedade não se restringe apenas aos membros do mesmo grupo econômico do infrator, conforme previsto na Lei Antitruste, mas também haverá solidariedade entre os coautores da conduta anticompetitivas, com base no art. 942 do Código Civil[84]. Maria Helena Diniz destaca a opção da vítima por buscar reparação do dano sofrido acionando todos os infratores simultaneamente.

> Os bens do responsável pelo ato ilícito ficarão sujeitos à reparação do dano causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, mediante seus bens, de tal maneira que ao titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo[85].

O conceito de grupo econômico no direito concorrencial possui grande importância, pois a premissa é que os agentes econômicos devem ser analisados independentemente da forma, mas do conteúdo. Ou seja, no caso do direito antitruste, as análises costumam englobar o grupo econômico, sem distinção para a estrutura societária envolvida e eventual pluralidade de pessoas jurídicas (ou outros arranjos, como fundos de investimento), a fim de apurar as eventuais condutas causadas por aquela unidade decisória denominada grupo econômico.

A Lei Antitruste menciona diversas vezes o termo "grupo", a fim de evidenciar o entendimento acima descrito. É possível destacar o art. 36, §2º[86], que versa sobre a presunção de posição dominante quando "uma empresa ou grupo de empresas" possuir pelo menos 20% (vinte por cento) de participação em determinado mercado relevante. No art. 37 da Lei

---

[83] CASTRO, Marina Grimaldi de. As definições de grupo econômico sob a ótica do direito societário e do direito concorrencial: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito e Economia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 56.

[84] Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

[85] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

[86] "§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia."

Antitruste, que dispõe sobre a pena administrativa aplicável aos infratores, o inciso I[87] claramente prevê que, para o cálculo da pena pecuniária aplicável à empresa[88], deve ser utilizado com base de cálculo o faturamento bruto da "empresa, grupo ou conglomerado" no ramo de atividade empresarial que ocorreu o ilícito. Quanto não for revelado o faturamento no ramo de atividade, o CADE poderá apurar a multa a partir do faturamento total da "empresa ou grupo de empresas"[89]. Ao tratar do acordo de leniência, o mesmo diploma também prevê que a possibilidade de o acordo celebrado por uma pessoa jurídica do grupo econômico ter os seus efeitos estendidos para os demais membros do grupo e às pessoas físicas envolvidas na infração, desde que sejam signatários do mesmo acordo[90].

Na legislação societária, o conceito de grupo também não possui tratamento legal adequado. A Lei nº 6.404/1976 dispõe sobre grupo de sociedades em seus artigos 265 a 277, mas tal instituto possui regramento específico e pouco utilizado. Além deste conceito legal de grupo (grupo de direito), também existe a definição doutrinária de grupo de fato. Conforme ensinamento de Nelson Eizirik, "grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional[91]". As relações entre os membros do grupo econômico devem possuir bases equitativas, não podendo haver favorecimento de alguma companhia controladora, sob pena de abuso do poder de controle. É claro que o grupo de fato busca gerar benefícios decorrentes da ação conjunta das companhias integrantes, existindo unicidade econômica e alinhamento de interesses, mas eventual subordinação de interesses pode acarretar problemas com os minoritários das sociedades subordinadas.

---

[87] "Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;"

[88] Apesar de o termo "empresa" significar a atividade econômica profissional organizada exercida pelo empresário, conforme definido no art. 966 do Código Civil, há diversas menções ao termo "empresa" em legislações posteriores a 2002, quando o Código Civil entrou em vigor (acolhendo o Direito de Empresa), em alusão ao sujeito do direito, e não à atividade. A Lei Antitruste optou pelo termo "empresa" ao referir-se ao sujeito infrator. Assim, na presente dissertação, será utilizada – em algumas ocasiões – tal atecnicidade ao mencionar algum dispositivo normativo que adota o termo de modo vulgar.

[89] "§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea."

[90] Art. 86, § 6º da Lei Antitruste. "§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas."

[91] EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**, v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 515.

Apesar de relevante, o conceito de grupo econômico não é definido pela Lei Antitruste. A fim de suprir essa lacuna legislativa, o CADE emitiu a Resolução nº 2/2012[92], que definiu no § 1º do art. 4º[93] como grupo econômico (i) as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo, e (ii) as empresas nas quais qualquer das empresas do item (i) seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. No caso de fundos de investimento, há uma metodologia especial para cálculo do faturamento do grupo econômico disposta no art. 4º, § 2º, da Lei Antitruste[94].

Cumpre ressaltar que a regra para definição de grupo econômico estabelecida pelo CADE em sua Resolução nº 2/2012 aplica-se apenas para os fins de apuração do faturamento do grupo para submissão de atos de concentração à autoridade concorrencial, sem vincular o CADE em suas decisões sobre condutas anticompetitivas. Ou seja, trata-se de uma referência fidedigna para o mercado, mas o CADE pode concluir em um caso concreto que a regra não é compatível com o arranjo de determinado grupo econômico, alargando ou restringindo a definição do grupo econômico específico.

Um exemplo interessante sobre a definição de grupo econômico aplicada pelo CADE é o caso Unimed, no qual a autarquia decidiu que as cooperativas de trabalho médico sob o nome Unimed formavam um grupo econômico sob a ótica concorrencial (Sistema Unimed), com a consequente aplicação da solidariedade entre a cooperativa em questão (Unimed Araraquara), as demais cooperativas e a Unimed Brasil. Conforme detalhado no voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:

> [C]onsidero que **a caracterização de grupo econômico, nos termos da Lei Antitruste, é a existência de uma orientação concorrencial central**, definida na cúpula do referido grupo, seja qual for sua forma de constituição, da qual se espera cumprimento pelos demais integrantes daquele agrupamento de sociedades. A própria lógica antitruste fornece elementos para entender dessa maneira. Fosse ignorada a questão da orientação central concorrencial,

[92] Alterada pela Resolução nº 9/2014

[93] "§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente: I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante."

[94] "§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente: I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante."

> poder-se-ia argumentar que as sociedades participantes teriam incorrido em infração à ordem econômica[95]. (grifos nossos)

Conforme constatado por Bruno Salama recentemente, "[e]stá em curso uma flexibilização da responsabilização societária que se traduz, concretamente, na ampliação das circunstâncias em que terceiros ligados à empresa são responsabilizados por dívidas desta[96]". Ao considerar o período do Estado Social Democrático – a partir de 1988 – como o momento em análise, essa afirmação encontra amparo no direito concorrencial brasileiro, com as ferramentas analisadas nesta seção com o intuito de responsabilizar outras pessoas por condutas ilícitas praticadas pelo infrator.

Outra forma de alcançar outros entes – além daqueles diretamente envolvidos no ilícito concorrencial – é por meio da desconsideração da personalidade jurídica. A Lei Antitruste[97] prevê que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer nos casos em que ocorrer, por parte do infrator, abuso de direito, excesso de poder, infração a lei, fato ou ato ilícito ou violação ao estatuto ou contrato social, ou quando ocorrer falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica em razão de má administração.

Segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves,

> compreende-se a desconsideração da personalidade jurídica como a decisão judicial que declara, a pedido da parte interessada, a ineficiência episódica da personificação, diante de atos praticados pela pessoa jurídica ou pelo sócio escudado na autonomia subjetiva, imputando a este ou àquela certas obrigações assumidas em circunstâncias reveladoras de fraude ou abuso da personalidade por parte do imputado[98].

O Código Civil contempla a desconsideração da personalidade civil em seu art. 50[99], mencionando o desvio de finalidade como caracterização do abuso de direito. Assim, é possível

---

[95] Trecho retirado do voto do Conselheiro Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo emitido no Requerimento nº 08700.005448/2010-14. (CADE, Requerimento nº 08700.005448/2010-14, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julg. 14 dez. 2011)

[96] SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. A flexibilização da responsabilidade societária nos direitos privado, trabalhista e tributário: uma panorâmica histórica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v. 6, n. 2. Brasília: Banco Central do Brasil, 2012. p. 138.

[97] "Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

[98] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a *disregard doctrine***. Tese (Dourado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2003. p. 122.

[99] "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no

identificar alinhamento entre os diplomas. O mesmo ocorre para os casos falimentares, em que o enquadramento da conduta da pessoa jurídica no conceito esposado pelo Código Civil permite o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, também em linha com a hipótese constante na Lei Antitruste.

Para beneficiar-se da desconsideração da personalidade jurídica do infrator, buscando inclusive alcançar administradores de sociedades (sempre pessoas físicas, no caso de sociedades brasileiras), o autor da ação indenizatória deverá requerer em juízo. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, em *vacatio legis* – "Novo CPC") concede maior relevância ao instituto em comento, em comparação ao Código de Processo Civil vigente (Lei nº 5.869/1973 – "CPC"). Em seus artigos 133 a 137, o Novo CPC reitera a relevância dos princípios constitucionais do contraditório, devido processo legal e ampla defesa, dispondo acerca da possibilidade de a parte ou o Ministério Público (quando couber) pedir ao juiz a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, inclusive a desconsideração reversa. O incidente será cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, suspendendo em regra o processo até a resolução por decisão interlocutória.

3.2. A vítima da infração

Após análise do extenso rol de autores das infrações concorrenciais, é necessário voltar o olhar para as vítimas. Conforme verificado no capítulo anterior, o dano causado pela conduta anticompetitivas afeta a coletividade. No entanto, também é possível identificar danos causados ao patrimônio individual.

Conforme destacado por Maria Helena Diniz: "a exigibilidade do ressarcimento do dano pertence a todos os que efetivamente experimentaram o prejuízo, isto é, aos lesados direitos ou indiretos[100]".

No espectro individual, pode-se dividir em: (i) consumidores; (ii) pessoas não enquadradas no conceito de consumidor; e (iii) o Estado.

3.2.1. O consumidor

processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

[100] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 243.

Os estudiosos e aplicadores do direito da concorrência enfrentam uma discussão histórica, nas diversas jurisdições, sobre o objetivo da defesa da concorrência.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte norte-americana, durante as décadas de 1950 e 1960, adotou a tendência de utilizar as leis de defesa da concorrência para proteger pequenos negócios (*small businesses*), que culminou na controversa decisão tomada no caso *Brown Shoe*[101-102-103], iniciando um movimento de maior racionalização econômica do direito da concorrência[104].

Robert Bork publicou em 1978 sua famosa obra "*The Antitrust Paradox*: *a policy at war with itself*"[105], expondo incongruências na política de defesa da concorrência norte-americana e defendendo sua aplicação com base em racionalidade econômica, privilegiando o bem-estar do consumidor. No entendimento de Bork, o direito da concorrência protegeria o bem-estar do consumidor ao privilegiar a eficiência produtiva e eficiência alocativa[106].

Segundo Daniel Sokol[107], Robert Bork defendeu o bem-estar do consumidor em razão da maior facilidade de convencer o grande público e os tribunais sobre o objetivo da defesa da concorrência. Contudo, ao mencionar o bem-estar do consumidor, Bork queria se referir ao bem-estar total, de acordo com a interpretação de Sokol. De fato, a expressão bem-estar social não se mostra suficientemente clara para fins de definição do interesse a ser protegido pela legislação de defesa da concorrência.

---

[101] Brown Shoe Co. vs United States, 370 U.S. 294, 82 S.Ct. 1502, 8 L.Ed.2d 510 (1962).

[102] "In an opinion by Chief Justice Warren, the Court condemned Brown Shoe's acquisition of a rival firm (both firms produced and distributed shoes). Much of the analysis the Court undertook was sound. […] Yet, the Court suggested that an increase in efficiency, even if it led to lower costs to consumers, would not save this merger" (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: an integrated handbook**. St. Paul: West Publishing Co., 1994, p. 556).

[103] No Brasil, a utilização da defesa da concorrência para tutela direta de micro e pequenas empresas não é aceita. Calixto Salomão Filho afirma, utilizando como premissa o objetivo de proteção da concorrência: "A defesa da pequena e da média empresas não pode constituir objetivo do direito concorrencial. Essas empresas devem ser defendidas como qualquer outro concorrente, e não como concorrentes privilegiados." (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 114)

[104] A maior racionalização econômica, com o destaque para a eficiência econômica, foi analisada em artigo focado em atos de concentrações (COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise de atos de concentração. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93-111), não sendo objeto de maior aprofundamento na presente dissertação em razão do seu escopo.

[105] BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993.

[106] BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993. p. 405-407.

[107] "Bork wrote that the sole goal of antitrust was consumer welfare, largely because "consumer" was an easier sell to a broader audience in terms of the goal (as the 1960s and 1970s saw the birth of the consumer movement). However, by consumer welfare, Bork meant total welfare. (…) Bork merely appropriated the word consumer because it was easier for courts to understand this concept. Many courts, including the Supreme Court, continue to confuse consumer and total welfare in their antitrust jurisprudence." (SOKOL, D. Daniel. **The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason and Per Se Legality**. Washington, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2297365>. Acesso em: 02 mai. 2015).

Nesse sentido, é importante destacar a discussão no Brasil, exposta em detalhes por Daniel Goldberg, acerca da necessária diferenciação entre bem-estar do consumidor e bem-estar agregado e os impactos gerados pela escolha de um ou outro como objeto de proteção do direito concorrencial[108].

Ao verificar a redação do *caput* do art. 1º da Lei Antitruste[109], é possível constar a referência expressa à defesa dos consumidores como uma das diretrizes norteadoras da defesa da concorrência no Brasil. A partir desse texto e com base nas discussões de política pública de defesa da concorrência, é possível traçar vinculação entre o direito antitruste e o direito consumerista.

Ao voltar o olhar à doutrina especializada, nota-se o destaque dado a tal relação:

> A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e **satisfazer as demandas dos consumidores**; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico[110]. (grifos nossos)

Assim, é possível constatar conexão entre o conceito de consumidor e a defesa da concorrência, mesmo que não seja adequado afirmar ser o único objetivo do multifacetado direito da concorrência. Com sabedoria, Roberto Pfeiffer defendeu em sua tese de doutorado que a proteção do consumidor é um objetivo mediato da política de defesa da concorrência. Heloisa Capena sustenta que "a defesa da concorrência encontra sua razão de ser na tutela do direito de escolha do consumidor, sem a qual a própria concorrência deixa de ser efetiva[111]".

Robert Lande trata com clareza sobre a conexão entre direito da concorrência e direito do consumidor, sempre apontando para a escolha do bem-estar do consumidor[112]. Segundo ele, o direito antitruste e o direito consumerista partilham o mesmo propósito, pois pretendem facilitar o exercício da soberania do consumidor ou sua efetiva liberdade de escolha. A referida

---

[108] GOLDBERG, Daniel K. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 80-85.
[109] "Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico".
[110] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 188.
[111] CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 265.
[112] LANDE, Robert. H. **Consumer choice as the ultimate goal of antitrust**. Pittsburgh, 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1478680>. Acesso em: 15 jul. 2015.

liberdade existe quando duas condições fundamentais[113] estão presentes: (i) a existência de uma variedade de opções ao consumidor por meio da concorrência; e (ii) a possibilidade de o consumidor escolher a melhor opção livremente. A fronteira entre o antitruste e a tutela aos consumidores deve observar, segundo tal doutrina, esses dois elementos. A legislação concorrencial deve assegurar um mercado competitivo, permitindo a variedade de escolhas possíveis ao consumidor. As leis consumeristas devem permitir a escolha livre pelos consumidores. Ou seja, as duas proteções precisam ser efetivas para que a economia de mercado funcione adequadamente.

Nessa linha de raciocínio, Lande conclui ser possível estruturar uma teoria unificada para a defesa da concorrência e do consumidor[114]. Heloisa Capena, comungando da mesma tese, afirma que tal proposição no Brasil "significa render homenagens à noção de sistema jurídico, que impõe não somente uma unidade metodológica como também a identidade semântica[115]".

Portanto, cumpre analisar o conceito de consumidor adotado atualmente no direito consumerista, a fim de adotá-lo sistemicamente na análise das vítimas de danos decorrentes de infrações concorrenciais que buscarão reparação civil.

O CDC possui uma definição de consumidor em seu art. 2º, *caput*[116], conceituando o consumidor em sentido estrito como aquela pessoa (natural ou jurídica) que figura como destinatária final de um produto ou serviço. Também existem no mesmo diploma as figuras de consumidores equiparados, que não serão objeto de aprofundamento nesta dissertação. Para referência, os equiparados são (i) a coletividade[117]; (ii) a vítima de acidente de consumo[118]; e (iii) o consumidor potencial[119].

Ao analisar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o conceito de consumidor, maduras após mais de 25 (vinte e cinco) anos de vigência do CDC, é possível sintetizar a seguir as teorias existentes no âmbito consumerista.

---

[113] AVERITT, Neil. W.; LANDE, Robert. H. **Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law**. Chicago, 1998. Disponível em: < http://ssrn.com/abstract=1357685>. Acesso em: 20 jul. 2015.

[114] AVERITT, Neil. W.; LANDE, Robert. H. **Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law**. 1997. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134798>. Acesso em: 17 nov. 2015.

[115] CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 267.

[116] "Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

[117] Art. 2º, Parágrafo único, do CDC: "Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

[118] Art. 17 do CDC: "Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."

[119] Art. 29 do CDC: "Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas."

Para a teoria finalista (ou subjetiva), a definição de consumidor deve ser restrita à pessoa que adquire o produto ou serviço para uso próprio, em fim econômico. Ou seja, o produto ou serviço não poderia ser alocado para atividade econômica, mas destinar-se exclusivamente ao uso pessoal, pelo destinatário final econômico.

De acordo com a teoria maximalista (ou objetiva), o conceito é alargado, a fim de incluir qualquer pessoa que consome o produto ou serviço, mesmo que no âmbito de uma atividade produtiva. Assim, para essa corrente, o consumidor é o destinatário final fático, quem efetivamente consome por último. Dentro dessa linha de raciocínio, há uma discussão acerca da possibilidade de considerar também como relação de consumo quando o produto ou serviço é utilizado como insumo na cadeia produtiva, ou somente os casos envolvendo a alocação de produto ou serviço com finalidade instrumental (*v.g.*, produtos de limpeza adquiridos para limpeza das instalações, pó de café para o lanche dos funcionários da fábrica), sem contribuição direta na produção.

A teoria finalista ampliada mantém o núcleo da teoria finalista exposta inicialmente, com o enfoque no destinatário final econômico, excluindo assim as pessoas receptoras dos produtos ou serviços que os utilizam na atividade econômica, mesmo de modo instrumental. Todavia, a teoria finalista ampliada insere no conceito de consumidor empreendedores ou sociedades em situação de vulnerabilidade em relação ao fornecedor do produto ou serviço.

É claro que a vulnerabilidade deve ser provada em juízo no caso concreto, devendo ser aceita pelo juiz com parcimônia a fim de evitar o desvirtuamento do CDC, conforme interpretação pela teoria finalista ampliada. Apesar de a vulnerabilidade ser um conceito associado ao consumidor, de modo intrínseco, nos casos envolvendo a extensão da definição de consumidor a uma sociedade empresária considerada uma microempresa, por exemplo, é necessário comprovar a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor em questão, sob pena de utilizar inapropriadamente os institutos do CDC favoráveis ao consumidor.

Após analisar com profundidade a doutrina e a jurisprudência consumerista em sua tese de doutorado, Roberto Pfeiffer sintetiza:

> [A] jurisprudência do STJ admite também a **teoria finalista ampliada**, aplicando o Código de Defesa do Consumidor para situações em que, não obstante haja a aquisição do produto ou serviço no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, esteja presente, no caso concreto, a nota de vulnerabilidade (art. 4º, I c/c os artigos 29, 17 e 2º, parágrafo único do CDC).

> **Essa é a posição consagrada por parcela representativa da doutrina e que entendo ser a mais adequada**[120]. (grifos nossos)

Cumpre destacar que o CDC prevê os direitos básicos do consumidor em seu art. 6º[121], que incluem o direito de ação reparatória por danos materiais e morais sofridos pelo consumidor e a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor no processo civil, a ser deferida pelo juiz em caso de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor.

Com base nesse direito, o consumidor pode alegar em juízo uma lesão baseada em atos ilícitos (i.e., passíveis de indenização de responsabilidade civil) com base no seu relato verossímil, sem apresentação de provas cabais sobre a veracidade e precisão dos fatos alegados. Compete ao réu, caso o juiz concorde com a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, apresentar provas refutando a acusação do autor.

Assim, a definição do termo consumidor repercute diretamente na habilidade do autor em requerer reparação civil por danos sofridos, pois, ao ser considerado consumidor, este passa a gozar de um privilégio processual relacionado à necessidade de produção de provas para ter sucesso com o pleito em juízo.

Retomando o conceito unificado de consumidor para direito da concorrência e o direito consumerista, após apreciar a discussão em esfera própria do direito do consumidor, cumpre notar que a Lei Antitruste e a sua predecessora, a Lei nº 8.884/1994, foram criadas depois da vigência do CDC e nunca dispuseram sobre a definição de consumidor, restando ao intérprete recorrer ao diploma consumerista.

Dessa forma, também em âmbito antitruste, o consumidor deve ser considerado como o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço. Segundo Roberto Pfeiffer, a "adoção

---

[120] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 62-63.

[121] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral."

de um conceito único confere maior sistematicidade à tutela do bem-estar do consumidor pela política de defesa da concorrência[122]".

Além das ações indenizatórias de autoria dos consumidores individualmente, é possível buscar a tutela dos direitos individuais homogêneos por meio de ação coletiva. Nesse caso, os benefícios advindos da tutela são individualmente atribuíveis, permitindo que os lesados possam, após sentença final, habilitar-se e demandar a liquidação individual da condenação.

Os legitimados para propositura de ação coletiva de reparação de danos concorrenciais, nos termos do art. 82 do CDC, são: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta com objeto de defender os direitos dos consumidores; (iv) as associações de defesa do consumidor constituídos há pelo menos um ano.

A expressa menção do art. 82[123] do CDC no art. 47 da Lei Antitruste evidencia a possibilidade de utilização das ações coletivas para reparação de danos decorrentes de condutas anticompetitivas, o que é reforçado pela referência adicional no art. 115[124] da Lei Antitruste, que determina a aplicação subsidiária do CDC à Lei Antitruste[125].

Sobre esse aspecto, conclui com clareza Heloisa Carpena:

> Finalmente, importa ainda lembrar que a lei n. 8.884, em seu art. 29[126], concede legitimidade ativa para os "prejudicados" bem como para os autores coletivos enumerados no art. 82 do CDC para propor ação visando à tutela de interesses individuais ou individuais homogêneos. Além deste dispositivo, também o art. 83 manda aplicar subsidiariamente as normas do Código do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública ao processo – judicial ou administrativo – concorrencial. Essas normas, de natureza processual, não deixam dúvida quanto à integração da lei antitruste ao sistema das ações coletivas, instituído pela Lei n. 7.347/85 e ampliado pela lei n. 8.078/90. Também por este aspecto, nota-se a interpenetração das duas áreas, ambas abrigando a tutela coletiva, através do mesmo instrumento processual. **Nada impede, portanto, que, além dos concorrentes, os próprios consumidores,**

---

[122] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

[123] "Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear."

[124] "Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999."

[125] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 250.

[126] A referência atualmente está desatualizada em razão da vigência da Lei Antitruste. O texto referido é materialmente igual ao atual art. 47 da Lei Antitruste.

> **suas associações e os órgãos públicos de defesa do consumidor venham a propor ações – individuais e coletivas – para ressarcimento de danos sofridos em razão de atos anticoncorrenciais ou infrações à ordem econômica**[127]. (grifos nossos)

A partir da relação entre o CDC e a Lei Antitruste, há a possibilidade de questionamento de *bis in idem* decorrente da dupla capitulação da mesma conduta (*v.g.*, venda casada). Com base nessa provocação, Roberto Pfeiffer esclarece a inexistência de identidades de fundamentos, "pois as normas que tipificam prática abusiva (art. 39 do CDC) e infração contra a ordem econômica (art. 36 da Lei nº 12.529/2011) são distintas, bem como são diversas as órbitas jurídicas atingidas (ou seja, de um lado há a lesão ao consumidor e de outro à estrutura concorrencial)[128]".

Uma ponderação adicional relaciona-se ao rol de legitimados mencionado anteriormente, especialmente quanto à possibilidade de entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, com objeto de defender os direitos dos consumidores, ingressar com ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, existe uma interpretação no sentido de enquadrar o CADE como legitimado: "If on the one hand this provision[129] does not provide any express restriction on public compensation, on the other, by reference to class action legislation, it recognises CADE as one of the entities that can legitimately bring collective claims for compensation[130]. Essa também foi o entendimento originalmente defendido por Roberto Pfeiffer[131].

Contudo, o entendimento mais preciso afasta a possibilidade de o CADE ajuizar ações coletivas, pois não preenche o requisito de entidade "especificamente destinada à defesa dos interesses" dos consumidores ou dos concorrentes. Este é o entendimento de Heloisa Carpena[132] e a posição atualizada de Roberto Pfeiffer[133], que observa com mais clareza os dispositivos legais.

3.2.2. O não-consumidor

---

[127] CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 233.
[128] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 236.
[129] Referência ao art. 47 da Lei Antitruste.
[130] GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian Competition Law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014. p. 159-160.
[131] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004. p. 29-32.
[132] CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 161-162.
[133] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 254.

Além dos consumidores, também podem ser lesados pelo ilícito concorrencial outras pessoas não abarcadas no conceito de consumidor. São exemplos de não-consumidores o adquirente de insumo que comprou o produto (com sobrepreço) de um dos membros do cartel com o intuito de alocá-lo em seu processo produtivo, ou o produtor que vendeu o seu produto a um varejista que impôs condições abusivas em razão do seu poder de mercado.

Apesar de não encontrar abrigo no CDC, tais vítimas dos ilícitos concorrenciais têm o direito de ação assegurado pelo art. 47 da Lei Antitruste, permitindo o ingresso de ação indenizatória em juízo em razão de dano provocado pela conduta anticompetitiva. Ao analisar a referida norma, a doutrina afirma que "os prejudicados de que trata o artigo podem ser as empresas prejudicadas em sua atividade econômica pelas infrações ou até mesmo os próprios consumidores, que se sintam lesados pelos efeitos das infrações da ordem econômica[134]".

3.2.3. O Estado

O Estado também pode ser vítima de infrações concorrenciais. Quando ocorre cartel em licitações[135] para fornecimento de algum produto ou serviço para alguma esfera governamental, há a violação das regras previstas no edital, com o consequente sucesso de uma oferta menos benéfica para o Estado em virtude do conluio formado entre os participantes.

Os cartéis em licitações possuem uma peculiaridade com relação aos demais tipos de acordos horizontais ilícitos. O cartel tradicional permite que todos os seus participantes recebam benefícios do acordo ilícito imediatamente. A partir do momento em que o acordo ilícito é pactuado entre os concorrentes, todos os participantes passam a extrair indevidamente uma parcela excessiva da renda do consumidor. No entanto, o procedimento licitatório só permite um agente vencedor por certame. Assim, os participantes do cartel estruturam seus acordos de diversas formas para garantir que todos obterão os benefícios advindos do acordo ilícito. Pode-se perceber que o cartel em licitações será sempre operacionalizado mediante acordo expresso entre seus participantes. Devido às peculiaridades dessa prática, não há que se falar em acordo tácito em procedimentos licitatórios, pois os seus participantes deverão organizar-se para decidir como o vencedor do certame distribuirá aos demais agentes a renda extraída

---

[134] ANDERS *et al*. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012, p. 189.

[135] Para um estudo mais detalhado sobre cartéis em licitações, ver COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Os Eventos Esportivos de 2014 e 2016 e o Combate aos Cartéis em Licitações no Brasil. In: DEMETERCO NETO, Antenor; CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre. (Org.). **Temas de direito econômico: A Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016**. Curitiba: Clássica Editora, 2013. p. 193-211.

indevidamente do poder público ou, se o acordo envolver diversas licitações, qual agente sairá vencedor em cada procedimento.

Esta prática anticompetitiva pode ser operacionalizada de diversas formas, a depender das características do mercado em questão e de outras condições fáticas. Assim, o acordo pode ser estruturado por meio de: (i) fixação de preços, no qual os concorrentes determinam o valor de suas propostas em comum acordo; (ii) divisão do mercado, quando a cada competidor é reservada uma determinada região onde ele ganhará as licitações; (iii) direcionamento privado da licitação, no qual os participantes do cartel acordam previamente quem será o vencedor do certame e sob quais condições; e (iv) subcontratação posterior, no caso em que o agente escolhido para vencer o certame compromete-se a subcontratar os demais[136]. Para efetivar o acordo ilícito, os participantes do cartel utilizam diferentes artifícios na ocasião do procedimento licitatório, como, por exemplo: (i) oferecimento de propostas fictícias; (ii) supressão de propostas; e (iii) propostas rotativas.

Além dos danos causados à coletividade, beneficiária das ações estatais, ilícitos concorrenciais podem causar dano direto ao Estado, motivando assim o ingresso de ação indenizatória por responsabilidade civil concorrencial em face do infrator buscando a reparação ao órgão governamental promotor do certame (pelo valor pago a maior em razão do acordo entre concorrentes).

[136] ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/29/44162082.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012. p. 1-2; e BRASIL. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/Cartilha_Carteis.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012. p. 9-10.

4 DESAFIOS ATUAIS PARA A MATERIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ANTITRUSTE

4.1. Desafios atuais

Conforme apresentado anteriormente, a responsabilidade civil está baseada na existência de três elementos[137]: (i) ato ilícito; (ii) dano; e (iii) nexo de causalidade. Ao focar no direito concorrencial, é possível constatar a possibilidade de reparação civil por danos concorrenciais, pois os elementos necessários podem ser identificados.

A Lei Antitruste, em seu art. 36, define os atos ilícitos na esfera concorrencial. Contudo, a redação referente à possibilidade de punição do ato independentemente de dano causado não encontra aplicabilidade para a reparação cível, mas em âmbito administrativo. Em adendo, o nexo causal será constatado na apreciação do caso concreto, quando será traçada uma relação entre a conduta do agente infrator e o seu resultado (dano).

O mesmo dispositivo legal também estabelece a responsabilidade objetiva (i.e., sem considerar o elemento culpa) como regra para a apuração dos atos ilícitos em matéria concorrencial, enquadrando a responsabilização civil do direito concorrencial na hipótese da primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

O direito de ação é protegido pela Lei Antitruste, que prevê a possibilidade de ações individuais e coletivas para recebimento de indenização por perdas e danos sofridos em decorrência de ilícitos concorrenciais. Cumpre notar que o legislador não condicionou o ingresso em juízo a prévia decisão administrativa sobre a matéria, permitindo ao interessado buscar a reparação cível independentemente da atuação do CADE para constatar o ilícito.

Assim, o legislador reforçou a diferença entre a sanção administrativa (de natureza pública) e a reparação demandada via responsabilidade civil (de natureza privada), esclarecendo que os processos administrativo e judicial são independentes, "não sendo necessário a conclusão do primeiro para a iniciação do segundo, nem sendo suspenso o primeiro em conta do segundo"[138].

Apesar da clareza, do ponto de vista normativo, do instituto da responsabilidade civil antitruste no Brasil, a sua eficácia é muito contestada pelos dados empíricos. Recentes pesquisas têm apresentado evidências que corroboram a sensação dos profissionais do meio de que a

---

[137] Os referidos elementos encontram-se positivados no Código Civil. Art. 927, *caput*: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

[138] ANDERS *et al*. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012, p. 188.

reparação civil não é utilizada efetivamente no Brasil para questões de natureza concorrencial[139].

Em artigo publicado em 2012, foi constatado que, enquanto no Brasil foram encontradas 22 (vinte e duas) ações judiciais de indenização por infrações antitruste nos tribunais federais, nos últimos 10 (dez) anos, os EUA apresentam uma média de ingresso de 750 (setecentas e cinquenta) ações por ano[140].

Em outro estudo, publicado em 2014, com pesquisa em todos os tribunais estaduais e federais do Brasil, constatou-se a existência de apenas 20 (vinte) precedentes envolvendo pedido de indenização por ilícito antitruste[141].

Considerando o crescente número de ações indenizatórias no Brasil, incentivadas pelas campanhas de acesso à justiça realizadas no país na última década e pela popularização dos Juizados Especiais Cíveis, não parece adequado atribuir a reduzida quantidade de ações indenizatórias em matéria concorrencial ao desinteresse popular. Em verdade, são grandes os desafios para a efetiva reparação civil dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil.

4.1.1. Cultura concorrencial e estímulo à aplicação privada (*private enforcement*)

O primeiro desafio é a introdução de uma cultura concorrencial na sociedade brasileira, assim como foi feito com sucesso em relação ao direito do consumidor[142], por exemplo. É evidente que o Código de Defesa do Consumidor ("CDC") possui dispositivos diretos e claros para tutela do consumidor, enquanto a Lei Antitruste – ao tutelar a concorrência – possui enfoque maior em normas de ordem administrativa, dispondo sobre o CADE, sua estrutura e atuação (apesar de conter algumas previsões de ordem civil e criminal)[143].

---

[139] Roberto Taufick afirma que as ações em função de danos à concorrência hoje inexistem, na prática, no Brasil. (TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 293).

[140] GÂNDARA, Lívia. 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**. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012. Também ver CARVALHO, Vinícius Marques de et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137.

[141] GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 138.

[142] Roberto Pfeiffer aponta a interface entre a proteção do consumidor e a defesa da concorrência na institucionalização do mecanismo de reparação dos danos decorrentes de conduta anticompetitiva. Ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 265-266.

[143] Heloisa Carpena conclui: "Os dois ramos do direito econômico – consumidor e concorrência – se definem e se distinguem pelos seus objetos e pelas suas funções. O primeiro tem por objeto imediato a proteção do sujeito de direitos, e o segundo, a concorrência no mercado. Nas suas finalidades, contudo – objetivos axiológicos – se

Ao comentar o art. 47 da Lei Antitruste, que trata do direito de ação abordado anteriormente, Roberto Taufick defende que as ações de indenização por danos à concorrência somente surgirão em decorrência da "paulatina educação dos cidadãos pela advocacia da concorrência - a qual é importantíssimo instrumental de desincentivo ao cometimento de ilícitos concorrenciais (*deterrence*)"[144].

Caso a busca por reparação civil se intensifique, espera-se que a concorrência seja mais bem tutelada, uma vez que os potenciais infratores terão desincentivos adicionais para não agir ilicitamente, com o receio real de serem obrigados a reparar pecuniariamente os danos causados diretamente aos indivíduos lesados. Da mesma forma, a maior utilização do instituto pelos indivíduos tende a produzir a retroalimentação positiva desse movimento, com a consequente reparação dos danos causados e desestímulo a novas práticas ilícitas similares pelos agentes econômicos.

Um dado interessante pode ser extraído da pesquisa realizada por Robert Lande e Joshua Davis. Após desenvolverem estudo empírico nos Estados Unidos, eles concluíram que a reparação cível possui um potencial de desestímulo a novas condutas anticompetitivas maior do que as sanções criminais aplicáveis aos mesmos ilícitos:

> The empirical issue is whether deterrence caused by monetary sanctions imposed on corporations and individuals can be equated in some rough way with incarceration imposed on individuals. Our work shows that if this sort of calculation is possible, then the financial **penalties achieved through private civil enforcement of the antitrust laws likely have a more significant deterrent effect than the criminal penalties obtained by the DOJ**. Private civil awards have been so large that private enforcement has a larger deterrent effect even if one equates an implausibly large financial penalty— $10 million, $20 million, or even $40 million on average—with a single year in prison[145]. (grifos nossos)

O CADE busca, especialmente em casos de grande relevância, estimular o ingresso de ações reparatórias no Brasil. Um exemplo é o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, conhecido como cartel dos gases. O Conselheiro-Relator do caso, Fernando Furlan, em seu voto, asseverou que "a multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais

---

aproximam e até mesmo se confundem, ambos dirigidos à realização da justiça no mercado de consumo." (CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 275).

[144] TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 293.

[145] Alguns doutrinadores sustentam que a aplicação privada do direito concorrencial (*antitrust private enforcement*) pode ser mais efetiva na prevenção de condutas anticompetitivas do que a persecução criminal. Ver LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. **The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: A reply to Werden, Hammond, and Barnett**. São Francisco, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Acesso em: 31 mai. 2013.

causados a pessoas específicas" e "a indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis"[146].

4.1.2. Ônus da prova e quantificação do dano sofrido

O ônus da prova em um processo judicial ordinário deve respeitar a disposição do art. 333 do CPC, que confere ao autor de uma ação indenizatória a atribuição de provar em juízo o dano alegado, *in verbis*: "Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Em adendo, o autor deve apresentar a extensão do dano causado pelo ato ilícito, a fim de permitir a adequada defesa do réu e a apreciação do pleito pelo juiz.

A produção de provas pela parte lesada por um ilícito concorrencial, sem a intervenção de autoridade pública com poder de polícia, é quase impossível. A ação indenizatória concorrencial não possui norma específica que permite a inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova é utilizada com sucesso na defesa do consumidor, conforme previsto no art. 6, VIII, do CDC. Apesar de eventual abuso desse direito na realidade atual, a inversão do ônus da prova permite restabelecer um equilíbrio anteriormente inexistente em razão da assimetria de informação entre as partes.

Todavia, mesmo que superada a discussão acerca da prova do ilícito antitruste, há também grande dificuldade de quantificação do dano sofrido pela parte lesada, pois as informações de mercado e de custos produtivos são detidas pelo infrator, em clara assimetria informacional quando comparado com a parte lesada (*v.g.*, consumidor individual, pessoa jurídica contratante).

Esses entraves práticos, decorrentes do desenho institucional atual, podem ser constatados empiricamente. Segundo pesquisa desenvolvida por Mariana Galvani, das raras ações de responsabilidade civil por condutas anticompetitivas julgadas no Brasil, menos da metade adotou métodos minimamente satisfatórios para a apuração dos valores das indenizações com o intuito de corresponder aos danos sofridos[147].

---

[146] Trecho retirado do voto do Conselheiro Fernando Furlan emitido no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. (CADE, Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 01 set. 2010)

[147] GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 142.

4.1.3. Prazo prescricional

Conforme mencionado anteriormente, a Lei Antitruste possui viés administrativo mais acentuado, reservando ao direito de ação judicial para reparação civil dos danos causados por condutas anticompetitivas somente o artigo 47. Assim, além de carecer de norma processual sobre a produção de provas e quantificação de danos, também inexiste previsão acerca do prazo prescricional para a aplicação privada do direito concorrencial.

Dessa forma, as referidas ações de reparação devem observar o prazo do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ou seja, 3 (três) anos de prazo prescricional para a pretensão de reparação civil[148]. A incerteza reside no seu termo *a quo*: (i) da ocorrência do suposto dano; (ii) da ciência do suposto dano pelo lesado; (iii) da instauração do processo administrativo pelo CADE; (iv) da condenação final do CADE; ou (v) da decisão final (administrativa sem recurso ou com trânsito em julgado após revisão judicial).

A ausência de regras de suspensão do prazo prescricional para as ações indenizatórias (v.g., relacionadas ao início ou conclusão da investigação administrativa) também podem comprometer a busca pela reparação de danos por aqueles lesados pelo ilícito concorrencial. Afinal, a ação de indenização extingue-se por renúncia, transação entre as partes ou prescrição. Em caso de indefinição ou equívoco em relação à contagem do prazo prescricional, a vítima pode ter o direito de reparação frustrado por barreira processual.

4.2. Possíveis aprimoramentos

A situação enfrentada no Brasil atualmente reflete um amadurecimento da defesa da concorrência no país, com maior destaque para a matéria nas faculdades de direito e de economia, catalisadas pela atuação destacada do CADE. Apesar das conquistas nos últimos anos, ainda resta equilibrar o sistema entre a aplicação pública (conduzida principalmente pelo CADE) e a aplicação privada da Lei Antitruste (a ser liderada pelos consumidores).

Para aprimorar a aplicação privada do direito da concorrência no Brasil, por meio da busca de reparação civil dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, algumas modificações devem ser propostas a partir dos problemas identificados e das experiências internacionais relevantes.

---

[148] Neste sentido, ANDERS *et al*. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012, p. 190.

4.2.1. Decisão do CADE como base

Considerando que o CADE desempenha uma posição relevante no desenho institucional brasileiro atual, uma proposta de aprimoramento para a aplicação privada do direito antitruste pode tomar carona do conhecimento acumulado pela autarquia e pela riqueza de suas decisões administrativas.

Conforme visto anteriormente, as esferas administrativa, cível e criminal são independentes e o direito de ação do consumidor não pode ser suspenso em razão de processo administrativo em curso no CADE, mesmo que verse sobre a mesma conduta. Assim, o CADE costuma instruir os seus processos com o foco exclusivo em seus requisitos para julgamento administrativo da determinada prática anticompetitiva, sem ter que se preocupar em verificar necessariamente o dano causado para os fins de punição administrativa.

Uma sugestão viável de ser implementada pelo CADE, em benefício da sociedade e em fomento à aplicação privada, é a inclusão de estudo, promovido pelo órgão administrativo, de mensuração do dano causado pela conduta em análise. O DEE poderia, a pedido da Superintendência-Geral ou do Conselheiro-Relator, preparar tal estudo a ser anexado à sentença do Tribunal.

Apesar de a Lei Antitruste prever a punição de uma infração concorrencial independentemente do dano causado, a mesma lei, ao definir a pena pecuniária às empresas infratoras[149], estabelece que a penalidade imposta pelo CADE não pode ser nunca inferior à vantagem auferida com a prática ilícita, quando for possível a sua estimação. O legislador foi sábio ao utilizar o termo "estimação", pois se adequa à realidade em que é difícil apurar com precisão o ganho proveniente de um cartel, por exemplo, e, consequentemente, o dano causado aos consumidores, que transferem a sua renda aos infratores.

Destarte, a adoção do estudo do DEE como apêndice ao voto do Conselheiro-Relator do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica supriria duas demandas atualmente reprimidas: (i) a estimação dos ganhos auferidos pelos infratores condenados pelo CADE, a fim de balizar as multas impostas pelo CADE; e (ii) a indicação estimada do valor do dano causado aos consumidores pela prática anticompetitiva, servindo de referência para a discussão nas ações judiciais indenizatórias propostas pelos lesados.

[149] Art. 37, I, da Lei Antitruste.

Outra melhoria relacionada ao CADE seria a adoção dos instrumentos consensuais utilizados pelo CADE no âmbito de sua atuação repressiva – acordo de leniência e termo de compromisso de cessação – como alternativas mais acessíveis para os agentes lesados buscarem reparação por via judicial no presente cenário jurídico. Afinal, em casos de cartel, o acordo de leniência[150] e o termo de compromisso de cessação ("TCC") exigem o reconhecimento de participação na conduta investigada, o que significa que contêm uma confissão do envolvimento do infrator no ilícito, que produz efeito de prova para a aplicação privada pelo lesado em juízo.

O acordo de leniência, abordado anteriormente quanto à sua gênese no Brasil, concede benefícios de ordem administrativa e criminal ao agente econômico que fornece informações inéditas e completas sobre um cartel. O instituto possui previsão legal nos artigos 86 e 87 da Lei Antitruste e normatização nos artigos 197 a 210 do Regimento Interno do CADE. Somente o primeiro agente econômico pode obter o benefício previsto nesse instituto, após negociação sigilosa com a Superintendência-Geral do CADE durante, no máximo, 6 (seis) meses.

No caso de rejeição da proposta de acordo ou desistência, possível até a assinatura do acordo, as informações fornecidas à autoridade concorrencial não poderão ser utilizadas em nenhuma hipótese. As vantagens obtidas pelo leniente são: (i) a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável em âmbito administrativo; e (ii) a extinção da punibilidade dos crimes relacionados a cartel após o cumprimento integral dos termos do acordo de leniência. Para a extinção da punibilidade em esfera administrativa, o acordo de leniência deve ser classificado como total, i.e., quando a autoridade não tinha conhecimento prévio da conduta anticompetitiva. Caso a Superintendência-Geral do CADE já tenha ciência do caso, mas não possua conjunto de provas suficiente para a condenação, o acordo de leniência é aceito com o benefício mitigado (leniência parcial), resultando a diminuição da pena pecuniária imposta pelo Tribunal.

Para o sucesso do acordo, é necessário o comprometimento do leniente em colaborar efetivamente com a investigação, não bastando o fornecimento de informações sensíveis no momento da negociação do acordo, mas também a sua disponibilidade para atuar em assistência ao CADE durante a instrução e julgamento do caso, sempre mantendo a confidencialidade.

Caso o acordo de leniência para um determinado ilícito concorrencial já tenha sido celebrado, é possível ainda buscar a *leniency plus*, por meio do qual o infrator confessa a

[150] Considerando a crescente relevância do acordo de leniência, o CADE pretende emitir um guia sobre o programa de leniência antitruste. A versão preliminar foi divulgada em 11 de novembro de 2015 e colocada em consulta pública até o dia 10 de janeiro de 2016.

participação no primeiro ilícito, fornecendo provas e cooperando com a investigação, e aceita delatar um outro ilícito concorrencial em que estava envolvido e que a Superintendência-Geral não possui conhecimento anterior. Além de receber a imunidade plena do acordo de leniência para a nova conduta reportada, o infrator consegue um benefício adicional (*plus*) no processo original, com a redução de um terço em sua multa pecuniária.

O TCC é o instrumento de acordo entre o agente econômico e a autoridade antitruste similar aos termos de compromisso celebrados com outros órgãos públicos em outros ramos do direito, como no direito do trabalho (com o Ministério Público do Trabalho), ambiental (com o órgão ambiental estadual) ou no direito societário (com a Comissão de Valores Mobiliários), por exemplo. É evidente que o TCC possui peculiaridades, mas o espírito é o mesmo: chegar a uma solução de comum acordo, evitando que a decisão punitiva proferida pelo órgão seja questionada judicialmente e prejudique a eficácia da medida e a arrecadação relacionada.

Quando as partes celebram o TCC, o agente econômico livremente concorda em assumir um conjunto de obrigações que são de interesse da autoridade antitruste, a fim de conferir repercussão prática e imediata em decorrência de sua atuação. Assim, inexiste possibilidade de o TCC ser questionado pelas partes, conferindo o dinamismo e a celeridade almejados pelo órgão de defesa da concorrência.

No caso de cartel, o TCC costuma ser visto como a segunda opção. Caso não seja possível a celebração de acordo de leniência (ou leniência *plus*) no caso concreto, o agente econômico cogitará a negociação de um TCC em busca de um desconto na multa a ser paga à autoridade antitruste. As obrigações assumidas pelo cartelista em um TCC são muito similares às do acordo de leniência (confissão de participação na conduta, necessidade de cooperação na instrução processual), além da necessidade de pagar uma contribuição pecuniária nunca inferior à multa mínima prevista no art. 37 da Lei Antitruste e não contar com qualquer imunidade no âmbito criminal ou cível.

Conforme a versão atual do Regimento Interno do CADE[151], a redução percentual em relação à multa esperada será de: (i) 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento) para o primeiro representado que propuser o TCC; (ii) 25% (vinte e cinco por cento) a 40% (quarenta por cento) para o segundo proponente do TCC; (iii) até 25% (vinte e cinco por cento) para os demais requerentes, todas as hipóteses enquanto o processo ainda estiver sob análise da Superintendência-Geral; e (iv) até 15% (quinze por cento), caso os autos do processo administrativo já tenha sido remetidos para o Tribunal. O CADE também estabeleceu a regra

[151] Art. 187 do Regimento Interno do CADE.

de nenhum TCC pode conferir redução percentual superior aos demais TCC celebrados previamente no âmbito do meu processo administrativo[152].

Lucas Teixeira analisou a possibilidade de um TCC ser utilizado por vítimas de danos concorrenciais como prova em ações indenizatórias, concluindo pela admissibilidade, especialmente nos casos de TCC com confissão de participação na conduta investigada, requisito indispensável nos casos de cartel. Ele conclui:

> Por fim, parece nítido que os TCCs têm a capacidade de contribuir com o incremento da cultura de reparações antitruste no Brasil, porque reduzem drasticamente o tempo entre o dano decorrente da violação antitruste e a ação indenizatória e podem constituir prova robusta quanto à ocorrência da infração concorrencial[153].

Propostas legislativas também podem ser pensadas com atenção para aprimorar a transferência de conhecimento do CADE e otimizar os esforços para a defesa da concorrência, sem promover modificações constantes em um arcabouço novo e profícuo em ajustes.

Conforme destacado em recente artigo de Nayara Souza[154], um exemplo de mudança legislativa interessante foi a proposta apresentada pela SDE por meio da Consulta Pública nº 17/2011[155], que sugeria a facilitação da prova por meio de mudança da Lei Antitruste, tornando obrigatória a indenização decorrente dos danos causados por ilícito concorrencial condenado pelo CADE[156].

A União Europeia e os seus Estados Membros também possuem interesse em tornar as normas concorrenciais eficazes. O trabalho da Comissão Europeia merece destaque nas últimas décadas, entretanto, a aplicação privada do direito concorrencial ainda é considerada um ponto fraco pelos Estados Membros, tornando a solução dessa questão um item prioritário

---

[152] Art. 189 do Regimento Interno do CADE.

[153] TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Os termos de compromisso de cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

[154] SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014. p. 125-126.

[155] BRASIL. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Consulta Pública nº 17**. 28 set. 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/consulta17_2011.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

[156] O novo artigo, a ser inserido na lei concorrencial da época (Lei nº 8.884/1994), conteria a seguinte redação, de acordo com a minuta de projeto de lei: "Art. 28-A. A decisão de condenação proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE obrigará a empresa a indenizar as vítimas pelos prejuízos causados. Parágrafo único. A decisão prevista no caput terá caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados."

na política concorrencial europeia. Recente estudo de Filipa Campos corrobora essa constatação, ao indicar que as ações de indenização continuam a ser pouco utilizadas[157].

Conforme destacado por Richard Whish, em constatação que pode ser transposta à realidade brasileira, as ações indenizatórias ainda são tímidas, mas podem complementar a atuação do CADE, equilibrando na prática o desenho institucional vigente no Brasil:

> Historically within the EU public enforcement of competition law has been infinitely more important than private enforcement. However the competition authorities in the EU have limited resources and they are unable to investigate every alleged infringement of the competition rules. Private enforcement can therefore be an important complement to their activities[158].

Com o intuito de discutir e fomentar medidas favoráveis às ações de reparação relacionadas a ilícitos concorrenciais, a União Europeia emitiu o Livro Verde, em dezembro de 2005, e o Livro Branco, em abril de 2008. Fruto desse processo de maturação, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 2014/104/EU ("Diretiva") em 26 de novembro de 2014, que foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 05 de dezembro de 2014.

A partir da Diretiva, a União Europeia estabeleceu critérios claros para permitir que o âmbito judicial civil do direito da concorrência, por meio de ações indenizatórias iniciadas no Estado Membro, se desenvolva e que as partes lesadas sejam reparadas adequadamente. Os Estados-Membros deverão refletir em seus ordenamentos jurídicos internos as previsões da Diretiva até 27 de dezembro de 2016 (transposição).

Em seu artigo 9º, a Diretiva dispõe sobre o efeito das decisões definitivas das autoridades nacionais da concorrência na ação de indenização por danos de natureza concorrencial, definindo em seu nº 1[159] a irrefutabilidade da decisão da autoridade antitruste para os efeitos da aplicação privada do direito antitruste.

---

[157] CAMPOS, Filipa Daniela Couto. A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às disposições do Direito da Concorrência. **Revista Electrónica de Direito – RED**. Porto, ano 2014, vol. 3. Disponível em: <http://www.cije.up.pt/revistared>. Acesso em: 17 dez. 2014, p. 22.

[158] WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012. p. 290.

[159] "Artigo 9.º Efeito das decisões nacionais 1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.º ou do artigo 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência."

4.2.2. Produção de provas: inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova

A produção de provas é identificada como um dos maiores entraves para a efetiva reparação de danos causados aos lesados por ilícitos concorrenciais. Afinal, a natureza complexa das condutas anticompetitivas e a assimetria de informações entre os infratores e os consumidores sobre os detalhes econômicos da prática afastam as vítimas da busca pela reparação.

Ciente da discrepância entre os fornecedores e os consumidores, o legislador em 1990 considerou adequado prever a inversão do ônus da prova como uma ferramenta processual para assegurar os direitos básicos do consumidor, como a sua reparação integral por danos sofridos em sua relação de consumo. Conforme visto anteriormente, a inversão do ônus da prova permite ao consumidor apresentar os fatos verossímeis, que são reconhecidos pelo juiz como verdadeiros, sujeitos a prova em contrário pelo réu.

Ao retomar a abordagem sistêmica do direito, deve-se aplicar a definição de consumidor às pessoas lesadas pelo ilícito concorrencial que se enquadram na teoria finalista ampliada. A partir dessa premissa, também seria adequado considerar que a ação de responsabilidade civil por danos concorrenciais decorrentes de um ilícito previsto na Lei Antitruste, proposta por um consumidor, pode ter o ônus da prova invertido em benefício do consumidor, sob a mesma lógica do CDC, desde que solicitado pelo autor e deferido pelo juiz.

Outra forma mais benéfica de prova em favor dos lesados, aplicável inclusive aos não-consumidores, é a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no Novo CPC. No art. 373, §1º[160], do referido diploma, há a possibilidade de o juiz deferir a modificação da atribuição tradicional do ônus da prova, constante no *caput* do art. 373, em situação de impossibilidade ou dificuldade excessiva de o autor cumprir a sua obrigação (para os casos de ação indenizatória). Assim, uma vez vigente a nova lei processual, parece haver espaço para alocar o ônus da prova de modo a desonerar a vítima do dano concorrencial da necessidade de provar o dano sofrido, mas ajustar a carga probatória de modo que dinamicamente as partes apresentem ao juiz os elementos comprobatórios referentes ao caso concreto.

---

[160] "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou **diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso**, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído." (grifos nossos)

Na Europa, a Diretiva busca solucionar o desafio referente ao ônus da prova. Ao partir da premissa de que é difícil para o lesado obter provas e quantificar o dano, a nova norma assegura que os Estados-Membros não podem tornar o exercício do direito à indenização praticamente impossível ou excessivamente difícil em razão desses obstáculos.

Quanto ao ônus da prova, na situação em que o demandante foi diretamente lesionado pelo demandado, a Diretiva prevê que o demandado deverá produzir prova para se defender acerca da repercussão dos custos adicionais decorrentes do ilícito concorrencial. Ou seja, competirá ao demandante ingressar com a ação e reclamar reparação por dano, devendo o potencial infrator apresentar defesa com evidências de inexistência de dano. No caso de demandante indireto, este deverá provar que o demandado causou dano na cadeia, impactando negativamente o demandante.

4.2.3. Formas de quantificação do dano e da indenização

"A quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência pode constituir um obstáculo significativo que impede o pedido efetivo de reparação[161]". A partir dessa afirmação, é possível iniciar essa seção com a premissa de que a definição do dano - e a da consequente indenização devida - é uma tarefa bastante árdua, desestimulando a utilização dos instrumentos de reparação de danos causados pela infração concorrencial.

Quanto à mensuração do dano, a Diretiva estabelece a presunção de que as infrações de cartel causam danos. Para a quantificação para fins de indenização, a União Europeia entende que o autor deverá apresentar o seu pedido de reparação, estando os tribunais nacionais aptos a analisar o pedido e preservar o direito à reparação adequada. Ademais, a autoridade nacional da concorrência pode, a pedido do tribunal nacional e conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, prestar assistência aos demandantes na quantificação dos danos.

Nos Estados Unidos, o julgamento de questões cíveis é realizado por júri popular, o que significa que cidadãos ordinários decidem acerca de indenizações aplicáveis a casos de aplicação privada do direito concorrencial norte-americano. Assim, a prova precisa do dano para mensuração é menos relevante nesse sistema jurídico, prevalecendo a percepção dos membros do júri e o seu convencimento a partir dos fatos alegados[162].

---

[161] Considerando nº 45 da Diretiva.

[162] GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 144-145.

Em adendo, a Suprema Corte norte-americana decidiu adotar uma postura interessante para as ações de responsabilidade civil concorrencial, ao exigir padrão de prova elevado quanto à existência do lícito (prova do fato), mas flexibilizar a prova do dano sofrido, com base na dificuldade prática de a vítima mensurá-lo e da assimetria de informações entre as partes. Cumpre notar que o Supremo Tribunal não optou pela inversão do ônus da prova por completo, mas reduziu a exigência de prova do dano para o autor, que deve apresentar uma argumentação razoável e verossímil. Compete ao réu, em resposta, fornecer evidências que os elementos demonstrados pela vítima devem ser refutados ou desconsiderados pelo magistrado. Nos tribunais inferiores, onde os casos envolvendo indenizações decorrentes de ilícitos concorrenciais costumam ser decididos, a tendência é a mesma: exigência elevada de prova da infração e do ato causador da lesão, "but to allow greater latitude for estimates of the amount[163]".

No Brasil, não há previsão legal de presunção de dano, sendo mais difícil ao juiz aplicar uma penalidade aos infratores.

É preciso tornar o sistema mais aberto e mais amigável para as vítimas das lesões, de modo que institucionalmente seja possível transpor as dificuldades de quantificação do dano, a fim de atribuir eficácia ao direito posto. Na União Europeia, por exemplo, enquanto havia o debate sobre qual seria a medida a ser tomada para aumentar a efetividade do direito da concorrência em sua aplicação privada, a Comissão Europeia emitiu, em 16 de outubro de 2013, o seu Guia Prático para quantificação dos danos nas ações de indenização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("Guia[164]"). Em suas 78 (setenta e oito) páginas, o Guia busca introduzir métodos e modelos simplificados para estimar o dano causado às vítimas pelo ilícito concorrencial.

Com caráter meramente informativo e sem vincular os órgãos jurisdicionais nacionais, o intuito foi fornecer ferramentas para que as partes lesadas e os juízes pudessem, em abstrato, aplicá-las nos casos concretos. O Presidente do Comitê Econômico e Social Europeu na época, Henri Malosse, ao redigir uma carta para acompanhar a publicação do Guia, asseverou: "É, com efeito, impossível determinar com precisão de que forma as condições e o comportamento dos

---

[163] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 668-670 .

[164] COMISSÃO EUROPEIA. **Guia Prático para quantificação dos danos nas ações de indenização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Bruxelas, 16 out. 2013. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

agentes do mercado teriam evoluído caso a infração não tivesse sido cometida. **Só podemos presumir um cenário provável**" (grifos nossos).

Dotar o Brasil de um guia similar e transmitir os métodos nele dispostos às vítimas, aos advogados e aos magistrados seria uma medida de aprimoramento interessante para estimular a aplicação privada do direito concorrencial no Brasil.

Ao anunciar a nova Diretiva, a Comissária de Concorrência, Margrethe Vestager, reiterou a necessidade de uma cultura de concorrência mais robusta na Europa, indicando que a aprovação formal da norma viabilizaria aos europeus (cidadãos e sociedades empresárias) a reparação dos danos provenientes das condutas anticompetitivas[165].

De tal modo, a União Europeia demonstrou proximidade com a realidade brasileira, na qual os obstáculos existentes para a busca de reparação civil por danos concorrenciais resultam na inexpressividade prática do mecanismo. Em outro prisma, ao aprovar a Diretiva com regras para facilitar o processo de reparação, os europeus sinalizam a possibilidade de fomentar a busca por indenizações devidas aos consumidores sem descaracterizar o sistema de responsabilidade civil do Estado-Membro. Cumpre notar que a União Europeia não optou pelas indenizações punitivas ou triplas (modelo norte-americano), mas somente tentou viabilizar a obtenção da justa indenização, com reparação integral do dano.

De acordo com o artigo 3º da Diretiva, qualquer pessoa lesada por um ilícito concorrencial pode demandar reparação integral, ou seja, por dano emergente (*damnum emergens*) e por lucros cessantes (*lucrum cessans*) por si sofridos, bem como o pagamento de juros. Ou seja, a Diretiva reflete a mesma orientação adotada no Brasil para a responsabilização civil, com o intuito de reparar os danos causados e restaurar a condição do lesado (caso o ato ilícito não tivesse ocorrido), sem adotar múltiplos para gerar uma indenização excessiva.

As indenizações triplas (*treble damages*) possuem profundas raízes históricas nos Estados Unidos, com referência à lei antimonopólio inglesa (*English Statute of Monopolies*) de 1632. Quando inserida na legislação antitruste norte-americana - no *Sherman Act* e depois no *Clayton Act* – os parlamentares não aprofundaram a discussão legislativa sobre esse aspecto, com a crença de que não haveria muita utilização a aplicação privada do antitruste[166].

Há várias motivações para a existência da reparação tripla. Inicialmente, prevaleceu a ideia de que o pagamento pelo infrator de indenização apenas para retomar o *status quo ante*

---

[165] COMISSÃO EUROPEIA. **Press Release - Antitrust: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions**. Bruxelas, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[166] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 666.

seria uma pena muito branda. Esse argumento moral foi gradualmente substituído pelo propósito de desincentivar novas condutas anticompetitivas. Herbert Hovenkamp afirma:

> [T]here is no precise correlation between a particular damages rule and the amount of deterrence applicable. Viewed in the most favorable light, the treble damages rule must be characterized as a guess that single damages provides too little deterrence and would permit to many antitrust violations to go unchallenged. Likewise, some higher multipliers, such as tenfold damages, would yield overdeterrence and flood the dockets with unmeritorious actions filed by people seeking a quick settlement from a risk adverse defendant. There will never be anything approaching a perfect fit[167].

Entretanto, é possível vislumbrar amparo na atual legislação brasileira para o juiz impor como sanção ao infrator o pagamento de indenização à vítima em valor superior ao devido sob a premissa da reparação integral (reinante no Brasil e nos países membros da União Europeia). Nos termos do *caput* do art. 944 do Código Civil[168], a indenização deve ser baseada na extensão do dano causado ao lesado, o que parece corroborar diretamente com a reparação integral, sem margem para a aplicação de múltiplos ou outro método para majoração da indenização a ser imposta pelo magistrado. Mas o entendimento aprovado na VI Jornada de Direito Civil e cristalizado no Enunciado nº 379 do Conselho da Justiça Federal[169] aponta para a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil mediante a aplicação de indenização, dando margem à aplicação de sanção a maior para provocar o desestímulo à infração.

Roberto Pfeiffer sustenta que a introdução do sistema de indenizações múltiplas no direito concorrencial brasileiro pode ser positiva, servindo inclusive para observar empiricamente a sua adequação na realidade pátria e a sua ampliação a outras situações[170]. Tal mecanismo pode provocar dois importantes efeitos para a melhoria da política de defesa da concorrência no Brasil: (i) o desestímulo à prática de novas condutas anticompetitivas, em razão da possibilidade de punição com a cobrança de substanciais indenizações, além das penas impostas pelo direito administrativo sancionador; e (ii) a explicitação dos benefícios advindos da defesa da concorrência efetiva, com a consequente reparação cível das vítimas dos danos decorrentes da conduta anticompetitiva.

---

[167] HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 666.
[168] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
[169] 379 – Art. 944: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.
[170] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 264.

Segundo Roberto Pfeiffer, a utilização de múltiplo para aplicação de penalidade não é uma novidade no direito brasileiro, destacando o art. 42, parágrafo único, do CDC[171], que prevê o pagamento de indenização em dobro (do valor pago em excesso) por parte do fornecedor que cobra quantia indevida do consumidor. Com base no referido exemplo, o doutrinador sugere que seja adotado no Brasil, pelo menos no primeiro momento, o dobro[172] (e não o triplo, como nos Estados Unidos – *treble damages*), a fim de paulatinamente introduzir o conceito no Brasil.

É claro que o problema de quantificação do dano persistiria, somente atribuindo maior ênfase à possibilidade de uma vítima buscar reparação civil por um ilícito concorrencial.

Apesar de a Lei Antitruste ter incorporado diversas sugestões relevantes propostas por outros países[173], não foram identificados quaisquer avanços legislativos em relação à aplicação privada do direito antitruste. Assim, propostas de mudança legislativa que complementem dispositivos da Lei Antitruste devem ser encaradas com entusiasmo pela sociedade, a fim de aprimorar o sistema atual.

Uma sugestão relacionada à utilização do fator multiplicador para a promoção da aplicação privada do direito da concorrência foi apresentada por Roberto Pfeiffer[174], com a consequente inserção de dois parágrafos ao art. 47 da Lei Antitruste:

> §1º Nas hipóteses de infrações à ordem econômica que se relacionam ou decorrem das condutas previstas nos incs. I e II do §3º do art. 36 desta Lei o juiz poderá fixar indenizações que correspondam ao dobro do valor dos danos sofridos.
> §2º Não se aplica a majoração prevista no §1º à empresa que tenha celebrado o acordo de leniência e cumprido todos os seus requisitos, nos termos do art. 86 desta Lei.

---

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

[172] Segundo Herbert Hovenkamp, o Senador Sherman propôs a adoção de reparação dupla (*double damages*) em vez de tripla em sua proposta original, mas durante a tramitação legislativa o texto foi modificado para manter a tradição da lei inglesa de 1623. Cf. HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 666.

[173] A influência das melhores práticas internacionais na redação da atual Lei Antitruste foi abordada com maior profundidade em outra ocasião: COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 307-330.

[174] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 264.

Na proposta de mudança legislativa constante na Consulta Pública nº 17/2011[175], aberta pela SDE, também foram sugeridos textos similares, que seriam incluídos como parágrafos no mesmo art. 47 da Lei Antitruste (na época, art. 29 da Lei nº 8.884/1994):

> §1º A propositura de ação judicial não suspenderá o curso de processo administrativo em tramitação junto ao CADE.
> §2º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.
> §3º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

É possível constatar pelas iniciativas mais recentes que há espaço para o crescimento das indenizações civis por danos decorrentes de condutas anticompetitivas no Brasil. Iniciativas relacionadas ao esclarecimento das formas de quantificação do dano e da indenização devem ser de grande auxílio nessa caminhada.

Ao mesmo tempo, cumpre salientar a posição da American Bar Association (ABA), ao comentar a proposta acima com cautela, apesar de referir-se à importação do conceito norte-americano de indenização multiplicado:

> Entretanto, com base na experiência norte-americana, as Seções notaram que as ações de reparação de danos às vezes resultam em litigação excessiva e muito onerosa. Os casos devem ser cuidadosamente controlados e monitorados pelos tribunais[176].

Para a quantificação do dano, cumpre observar os princípios da equivalência e efetividade previstos no artigo 4º da Diretiva e como eles podem influenciar a aplicação do direito da concorrência no Brasil sem demandar mudança legislativa. De acordo com o princípio da equivalência, as regras processuais relativas às ações de indenização resultantes de infrações concorrenciais não podem ser menos favoráveis para as partes lesadas do que as normas que regem ações indenizatórias análogas resultantes de infrações ao direito nacional. Sob essa ótica,

---

[175] BRASIL. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Consulta Pública nº 17**. 28 set. 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/consulta17_2011.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

[176] AMERICAN BAR ASSOCIATION - ABA. **Comentários das Seções de Direito Antitruste e de Direito Internacional, da ABA, ao projeto de lei sobre sanções penais e ações privadas envolvendo cartéis no Brasil, submetido pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça à consulta pública**. 28. dez. 2011. p. 16. Disponível em: < http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_aba_sal_sil_12_12_2011.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

é possível tomar carona do processo adotado pelo direito do consumidor, para abrandar a exigência de quantificação de dano, por exemplo.

Ao prever que os entraves para fundamentação do pedido de indenização não podem tornar "praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência" (princípio da efetividade), há o resgate do conceito de acesso à justiça, que pode ser solucionado por uma atuação mais colaborativa do CADE, buscando calcular do dano causado aos lesados nos casos em que condenar um ilícito concorrencial. Afinal, por causa da assimetria de informações existente, o CADE possui maior capacidade de apurar o dano causado (em comparação com os lesados) e poder de polícia para apuração dos dados de mercado.

Ao verificarmos no direito brasileiro, o Código Civil admite as hipóteses de obrigações líquida e ilíquida, prevendo a necessidade de apuração nos casos em que é incerto ou indeterminado o montante da indenização[177]. O CPC possui capítulo dedicado à liquidação de sentença[178]. No caso de reparação de dano, a liquidação é a concretização da indenização, com a fixação do montante e da forma do ressarcimento à vítima.

Assim, o magistrado deve dar concretude ao direito indenizatório da vítima de dano proveniente de ilícito concorrencial, decidindo de modo estimado sobre a indenização aplicável e podendo utilizar-se de peritos para auxiliá-lo na formação do seu livre convencimento, conforme entenda conveniente.

Segundo destacado por Maria Helena Diniz, o juiz "deverá empregar, mesmo que a extensão do dano não fique demonstrada, todos os recursos de seu prudente arbítrio, examinando indícios e presunções, para a fixação do *quantum* da indenização a que tem direito a vítima[179]".

Ao tratar da aplicação privada do direito concorrencial no Brasil, Tercio Sampaio Ferraz Junior reitera:

> Do ponto de vista jurídico, o problema não é diferente daquele em que se encontra o juiz quando necessita da autoridade técnica do especialista para avaliar o dano resultante de um acidente de trânsito até os limites de um acidente ecológico na relação entre o dano causado às vítimas diretas e o prejuízo socioeconômico ao meio ambiente. O esforço, nesses termos, vai na

[177] Art. 946 do Código Civil. "Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar."
[178] Artigos 475-A a 475-H do CPC.
[179] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 256.

> direção de um cauteloso mas decidido encaminhamento da questão em linha com a possibilidade de redução do papel das estimativas dos especialistas para balancear o intercâmbio entre exatidão e praticabilidade[180].

Um contraponto à liberdade do magistrado é a banalização do instituto sem alcançar a finalidade reparatória pretendida. Ao desenvolver recente pesquisa, Lívia Gândara verificou que as poucas sentenças prolatadas nos tribunais federais brasileiros entre 2001 e 2011 (i) não conferiram indenizações a indivíduos por causa de ilícitos concorrenciais, e (ii) estabeleceram indenizações à coletividade (por meio do FDD) em quatro ocasiões por meio de arbitramento judicial. As quatro decisões careceram de qualquer uniformidade quanto aos métodos utilizados para cálculo indenizatório, resultando na constatação:

> [O]bserva-se que o Poder Judiciário brasileiro não adota nenhum parâmetro que chegue próximo ao real valor do dano gerado na sociedade. Formas de cálculo sem muito sentido são utilizadas nesses casos pecando no propósito basilar da responsabilização civil: a efetiva reparação dos danos[181].

Dessa forma, caso não seja difundido no Brasil um compêndio claro de métodos similares ao Guia para adoção pelos magistrados brasileiros, será árdua a missão de obter uma previsibilidade jurídica quanto às possíveis indenizações cíveis decorrentes de danos concorrenciais. Ou seja, é importante estimular a atuação do magistrado como solucionador da demanda posta, respeitada a assimetria informacional entre as partes e a lesão sofrida pelo autor da ação indenizatória.

Ao tratar dos paradigmas da responsabilidade civil no Brasil, é possível encontrar semelhanças com o dilema enfrentado no âmbito antitruste na obra de Anderson Schreiber: "O desafio que, hoje, se impõe aos juristas brasileiros é justamente o de definir os métodos de aferição desse merecimento de tutela, reconhecendo a importância da discricionariedade judicial da tarefa, mas sem deixá-la exclusivamente ao arbítrio dos tribunais[182]".

4.2.4. Acesso à justiça e prazo prescricional adequado

---

[180] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Direito da Concorrência**. v. 1, n. 2, nov. 2013, p. 11-31. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/>. Acesso em: 17 dez. 2014. p. 23.

[181] GÂNDARA, Lívia. 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**. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

[182] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

O Brasil é conhecido atualmente como um país de grande litigiosidade. A partir do estímulo ao direito de ação e do maior acesso ao Poder Judiciário – com medidas importantes, como a promulgação do CDC e da Lei nº 9.099/1995 e a criação do Conselho Nacional de Justiça ("CNJ") – o país alcançou a marca de mais de 106 milhões de processos judiciais ativos no Poder Judiciário[183], o que representa média superior a um processo para cada dois brasileiros. Apesar de essa constatação poder levar à conclusão de que a sociedade está litigando, a realidade é que estudo da AMB abrangendo onze Estados verificou grande concentração de processos iniciados pelos mesmos agentes econômicos: poder público, instituições financeiras e prestadoras de serviço de telecomunicações[184].

Ao correlacionar a análise da responsabilidade civil antitruste, os entraves para sua efetivação e o acesso à justiça no Brasil, é possível afirmar a ausência de familiaridade dos Juizados Especiais Cíveis ("JECs") com matérias de natureza concorrencial. Considerando a importância de a vítima ter canais para reivindicar os seus direitos, seria muito interessante para o maior equilíbrio do desenho institucional da defesa da concorrência que o consumidor encontrasse abrigo nos JECs para demandar a reparação de danos sofridos em virtude de um ilícito concorrencial.

Uma proposta válida seria a criação de novas varas especializadas em matérias concorrenciais e regulatórias, a fim de absorver as demandas relacionadas às matérias de direito econômico. Tais varas julgariam as causas relacionadas à revisão judicial de atos administrativos e também as demandas de aplicação privada da Lei Antitruste pelas vítimas das infrações concorrenciais, pois os magistrados e demais funcionários teriam maior especialização quanto ao assunto em questão. "Acredita-se que essa especialização reduzirá o problema da qualidade técnica das decisões e permitirá que os tribunais superiores, quando instados, efetivamente valorem, em igualdade de condições, as soluções administrativas e judiciais[185]".

---

[183] Informação consultada no sítio eletrônico da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que mantém um controle dos processos judiciais no Brasil sob o nome #placardajustiça. Disponível em: <http://www.amb.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2015.

[184] MACEDO, Fausto. Juízes relevam concentração de processos por parte de poucos. **Estadão**, São Paulo, 11 ago. 2015.

[185] MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014. p. 249-250.

Outro ponto que merece reflexão é a prescrição. A legislação processual ignora a realidade do direito da concorrência no Brasil, não dispondo de uma previsão que permita à vítima, por exemplo, aguardar a decisão do CADE sobre um ilícito ocorrido há sete anos sem colocar em risco a sua pretensão indenizatória, que pode ser declarada prescrita.

Os prazos de prescrição não deveriam impedir indevidamente a propositura de uma ação de indenização de matéria concorrencial. Com base dessa premissa, na União Europeia a Diretiva dispôs sobre a matéria no artigo 10, indicando como prazo mínimo 5 (cinco) anos. O seu termo *a quo* deve ser considerado após a cessação da infração ao direito da concorrência e o conhecimento (real ou presumido) do ilícito.

Outra regra salutar para proteger o direito à reparação refere-se à suspensão da contagem do prazo prescricional caso a autoridade de concorrência tome alguma medida em relação à mesma infração que será abordada em sede de ação indenizatória. Essa suspensão terá duração mínima de 1 (um) ano após a decisão definitiva do processo em âmbito da autoridade de concorrência.

Ao transportar as medidas implementadas pela Diretiva à realidade brasileira, caso ocorresse uma mudança legislativa nos mesmos termos, seria possível contar com a suspensão do prazo prescricional pelo período de investigação, análise e julgamento de um ilícito concorrencial pelo CADE, preservando o direito das vítimas após a decisão da autoridade antitruste.

4.2.5. Promoção institucional da cultura concorrencial e protagonismo do CADE

Conforme salientado anteriormente, o CADE possui grande destaque no desenho institucional da defesa da concorrência brasileira. Para um sistema saudável, é importante a existência de relativo equilíbrio com os demais membros (i.e., esferas criminal e cível). Entretanto, tal desafio pode ser realizado mediante o engajamento do órgão antitruste, a atuar de modo a fomentar a aplicação privada, além de conduzir os processos administrativos de sua competência estrita.

Ao analisar a Lei Antitruste, três dispositivos podem ser realçados para os fins desejados: (i) o art. 118[186]; (ii) o art. 15, I, II e VIII[187]; e (iii) o art. 28, §3º[188].

O art. 118 da Lei Antitruste prevê a obrigatoriedade de o juiz intimar o CADE para intervir no processo judicial que envolva a aplicação da Lei Antitruste. O CADE possui a liberdade para optar pela intervenção no processo, conforme juízo de conveniência e oportunidade. Considerando que as ações indenizatórias propostas pela vítima de lesão causada pelo ilícito concorrencial discutirão necessariamente matéria concorrencial disposta na Lei Antitruste, inclusive do seu art. 47, o CADE sempre terá a oportunidade de auxiliar na demanda com o seu conhecimento técnico apurado, caso queira. Um aprimoramento possível e elogiável seria a adoção de postura colaborativa do órgão antitruste, buscando partilhar o seu conhecimento técnico em benefício das partes e, especialmente, do juiz, que poderá julgar a lide com mais discernimento sobre a matéria.

Cumpre destacar o deslocamento de competência da ação da justiça estadual para a federal como efeito colateral da sugestão acima (assistência do CADE – autarquia federal – nos processos), conforme entendimento do STJ a partir do art. 5º da Lei nº 9.469/1997[189]:

> A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência[190].

Os incisos I e II do art. 15 dispõem sobre a competência da Procuradoria Federal do CADE ("ProCADE") de prestar consultoria e assessoria jurídica à autarquia e representá-la judicial e extrajudicialmente. Dessa forma, caso o CADE queira atuar como assistente em uma ação judicial, a ProCADE deve assessorá-lo, conforme previsto na legislação concorrencial.

---

[186] Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

[187] Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe: I - prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade; II - representar o Cade judicial e extrajudicialmente; (...) VIII - zelar pelo cumprimento desta Lei.

[188] § 3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Cade, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei no 9.008, de 21 de março de 1995.

[189] Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

[190] Trecho retirado da ementa da decisão proferida no âmbito do Recurso Especial nº 737073 - RS (2005/0049471-2). (STJ, Recurso Especial nº 737073 - RS (2005/0049471-2), Min. Luiz Fux, julg. 06 dez. 2005)

Não há limitação para a ProCADE ou o CADE intervir somente em casos de revisão judicial de atos da Superintendência-Geral ou de uma decisão do Tribunal.

O art. 15, VIII, do mesmo diploma elenca como competências da ProCADE o zelo pelo cumprimento da Lei Antitruste. Note-se que o zelo tem uma conotação especial, pois confere uma posição de guarda jurídica dos valores da Lei Antitruste, que não podem ser desconsiderados ou diminuídos em razão de algum entrave burocrático ou pela falta de cultura concorrencial. Ou seja, a ProCADE deveria endossar essa posição proativa do CADE, a fim de cumprir uma de suas competências prevista na legislação.

Outro dispositivo legal é o art. 28, §3º, que esclarece que a arrecadação do CADE com penalidades não é revertida para a autarquia, mas destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ("FDD"). Nos termos de sua lei criadora[191], a finalidade do FDD é reparar os danos causados à coletividade. Com base nesta missão, seria possível cogitar a criação de uma divisão no CADE (ou na SEAE) responsável pelo auxílio às vítimas de danos decorrentes de ilícitos antitruste para cálculo do dano sofrido e da indenização devida, por treinamentos a serem ministrados em locais públicos para consumidores e juízes e pela difusão do direito da concorrência, especialmente em sua dimensão reparatória cível.

O protagonismo do CADE pode ser canalizado em benefício direto dos lesados por condutas anticompetitivas caso a autarquia inclua no âmbito da negociação do acordo de leniência ou do TCC a reparação direta aos consumidores lesados. Considerando a consensualidade do instrumento, seria possível obter a reparação dos danos causados aos consumidores sem recorrer ao Poder Judiciário e enfrentar as dificuldades identificadas na presente dissertação.

Independentemente da discussão acerca da competência do CADE para ordenar a reparação dos lesados por danos concorrenciais no âmbito do seu processo administrativo[192], é

---

[191] Lei nº 9.008/1995, Art. 1º, §1º. "§ 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos."

[192] Segundo Adriano Camargo Gomes, "considering that CADE was granted comprehensive powers in order to take any measure to eliminate the effects of infringements in the economic order; that compensation has been provided in Brazil outside judicial procedures, by public entities and, in some cases, as a result of public enforcement proceedings; the provision of compensation by CADE would be compatible with and authorized by the Brazilian legal order" (GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian Competition Law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014. p. 164. Em sentido contrário ao poder do CADE decidir pela reparação dos lesados por danos concorrenciais no âmbito do seu processo administrativo: "Com efeito, muito embora o ordenamento jurídico confira ao CADE a possibilidade de aplicar uma série de sanções para as infrações contra a ordem econômica e determinar a imediata cessação da conduta, a lei não lhe atribui o poder de administrativamente ordenar que os infratores indenizem aqueles que

possível vislumbrar que a solução consensual em âmbito administrativo também inclua uma medida para evitar litígios cíveis provenientes da mesma conduta. Assim, seria inserida no instrumento firmado com a autoridade concorrencial uma obrigação de compensar diretamente os consumidores lesados pela conduta praticada.

Instituições públicas também podem desempenhar um papel determinante para o fomento da aplicação privada do direito concorrencial. Campanhas do CNJ e eventos promovidos pelo CADE e pela SEAE podem auxiliar na divulgação da cultura de defesa da concorrência, que também deve ter a participação direta dos indivíduos lesados por condutas anticompetitivas.

foram individualmente prejudicados" (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 254.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil concorrencial merece um tratamento especial pela política de defesa da concorrência brasileira, a fim de tornar-se uma realidade. Conforme analisado nos capítulos acima, a aplicação privada do direito antitruste pode ser uma alternativa eficiente e eficaz para a tutela dos direitos da sociedade contra os eventos deletérios dos ilícitos anticompetitivos.

O mesmo desafio está sendo enfrentado pelos Estados-Membros da União Europeia, onde ocorrerá a necessária transposição dos dispositivos da Diretiva nos ordenamentos jurídicos nacionais até o próximo ano. Com uma norma estruturada sobre o tema em esfera supranacional, os países buscam sistematizar a reparação civil por danos concorrenciais, a fim de tornar a política de defesa da concorrência equilibrada e efetiva.

No Brasil, a aplicação vigorosa do direito da concorrência em esfera administrativa tem chamado a atenção. Todavia, a maturidade da defesa da concorrência depende do maior desenvolvimento da responsabilidade civil antitruste.

A partir da reflexão sobre os desafios para a concreta reparação de danos concorrenciais, utilizando como base a sedimentada cultura nos Estados Unidos e as recentes medidas da União Europeia, é necessário ponderar as possibilidades existentes na legislação posta e avaliar possíveis modificações para aprimorar o desenho institucional brasileiro.

Os instrumentos consensuais utilizados pelo CADE no âmbito de sua atuação repressiva – acordo de leniência e termo de compromisso de cessação – são alternativas mais acessíveis para os agentes lesados buscarem reparação por via judicial no presente cenário jurídico. Soluções por meio de acordo entre as partes também são promovidas nas jurisdições estrangeiras analisadas, permitindo – de modo célere e sem congestionar o Poder Judiciário – a satisfação das vítimas e o desestímulo à prática de novas condutas ilícitas.

Propostas legislativas devem ser pensadas com atenção para evitar modificações constantes em um arcabouço novo. A recente Lei Antitruste é fruto da intensa aplicação da Lei nº 8.884/1994 e dos seus aprimoramentos legislativos e jurisprudenciais. Assim, alterações no arcabouço jurídico demandam profunda reflexão e debate sobre a possibilidade de implementar melhorias no cenário atual por meio da atuação mais eficiente e proativa das partes envolvidas.

No caso da responsabilidade civil antitruste, conforme aprofundado no capítulo 4, há diversas alternativas de aprimoramento que podem ser efetivadas a despeito de mudanças no

marco legal. Além da maior utilização das decisões do CADE e dos acordos firmados com a autarquia como evidências nas ações indenizatórias, as vítimas podem se beneficiar caso sejam implementadas as seguintes melhorias:

(i) A produção de provas no âmbito das ações indenizatórias observando a assimetria de informações entre as partes e a verossimilhança dos argumentos apresentados pelo autor, respeitados os princípios da equivalência e efetividade destacados na Diretiva e as normas processuais do novo CPC e do CDC;

(ii) A adoção de métodos simples e claros para mensuração do dano e da consequente indenização reparatória por magistrados e pelas vítimas, mediante a divulgação de material similar ao Guia, a fim de promover a aplicação privada do direito concorrencial e atribuir maior consistência às decisões judiciais sobre o tema;

(iii) O julgamento de demandas indenizatórias relacionadas a ilícitos concorrenciais por JECs, permitindo o maior acesso à justiça aos consumidores, já habitados a buscar o Poder Judiciário para proteção dos direitos previstos no CDC;

(iv) A atuação proativa do CADE para o fomento da aplicação privada do direito concorrencial, mediante (a) a inclusão da análise de dano em suas decisões condenatórias; (b) a divulgação da celebração dos acordos de leniência e dos TCCs, revelando claramente a conduta em questão e a confissão de envolvimento do signatário no ilícito concorrencial; e (c) a participação como assistente nas ações judiciais propostas pelas lesados por condutas anticompetitivas.

Alterações legislativas também foram abordadas, a fim de (i) dar maior amparo jurídico à utilização de decisões e acordos do CADE como prova; (ii) permitir indenizações majoradas – com aplicação de múltiplos – para provocar efeito pedagógico e desestimulante nos infratores; e (iii) preservar o direito à indenização dos lesados após decisão da autoridade antitruste, com a suspensão o prazo prescricional pelo período de investigação, análise e julgamento de um ilícito concorrencial pelo CADE.

Por fim, o Brasil deverá continuar a sua saga rumo à formação da cultura concorrencial, que provocará apelo popular por meios mais simples de efetivação do direito à reparação dos danos sofridos em virtude de condutas anticompetitivas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, Jose de. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional:** o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a *disregard doctrine*. 2003. 418 f. Tese (Dourado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e sua consequência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 374.

AMERICAN BAR ASSOCIATION - ABA. **Comentários das Seções de Direito Antitruste e de Direito Internacional, da ABA, ao projeto de lei sobre sanções penais e ações privadas envolvendo cartéis no Brasil, submetido pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça à consulta pública**. 28. dez. 2011. Disponível em: < http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_aba_sal_sil_12_12_2011.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

ANDERS, Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012.

AVERITT, Neil. W.; LANDE, Robert. H. **Consumer sovereignty**: a unified theory of antitrust and consumer protection law. 1997. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134798>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____; _____. **Consumer choice**: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. Chicago, 1998. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1357685>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, v. 2, 2015. Disponível em: <http://cidp.pt/revistas/rjlb>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. Nova York: The Free Press, 1993.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço do triênio da Lei 12.529/11**. 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%203%20anos%20nova%20lei-atualizado.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASIL. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/Cartilha_Carteis.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____. **Consulta Pública nº 17**. 28 set. 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/consulta17_2011.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Filipa Daniela Couto. A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às disposições do Direito da Concorrência. **Revista Electrónica de Direito – RED.** Porto, v. 3, ano 2014. Disponível em: <http://www.cije.up.pt/revistared>. Acesso em: 17 dez. 2014.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle judicial sobre o CADE e a análise econômica do direito. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.** Ano 19, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CASTRO, Marina Grimaldi de. As definições de grupo econômico sob a ótica do direito societário e do direito concorrencial: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito e Economia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 30-59

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, v. 13, p. 145-164. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____; _____. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 307-330.

_____; _____. Os Eventos Esportivos de 2014 e 2016 e o Combate aos Cartéis em Licitações no Brasil. In: DEMETERCO NETO, Antenor; CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre. (Org.). **Temas de direito econômico**: a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Curitiba: Clássica Editora, 2013. p. 193-211.

_____; _____. Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise de atos de concentração. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93-111.

COMISSÃO EUROPEIA. **Guia Prático para quantificação dos danos nas ações de indenização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Bruxelas, 16 out. 2013. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

_____. **Press Release - Antitrust**: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions. Bruxelas, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**, v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Direito da Concorrência**. v. 1, n. 2, nov. 2013, p. 11-31. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/>. Acesso em: 17 dez. 2014.

FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE: o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.** Ano 18, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil.** v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

GÂNDARA, Lívia. 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**. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel – teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian Competition Law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Publishing, 2005.

_____. **Federal antitrust policy**: the law of competition and its practice. St. Paul: West Publishing, 2005.

_____. **The antitrust enterprise**: principle and execution. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.

LANDE, Robert. H. **Consumer choice as the ultimate goal of antitrust**. Pittsburgh, 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1478680>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____; DAVIS, Joshua Paul. **The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement**: A reply to Werden, Hammond, and Barnett. São Francisco, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Acesso em: 31 mai. 2013.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACEDO, Fausto. Juízes relevam concentração de processos por parte de poucos. **Estadão**, São Paulo, 11 ago. 2015.

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

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Notas sobre o Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil**. Textos para Discussão IE/UFRJ nº 458. Rio de Janeiro: UFRJ, 2001.

NUNES, A. J. Avelãs. **Economia Política**: a produção - mercados e preços. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2007.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/29/44162082.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____. **Lei e Política de Concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. Paris, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2014.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. A flexibilização da responsabilidade societária nos direitos privado, trabalhista e tributário: uma panorâmica histórica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v. 6, n. 2. Brasília: Banco Central do Brasil, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Regulação e atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

SOKOL, D. Daniel. **The Transformation of Vertical Restraints**: Per Se Illegality, the Rule of Reason and Per Se Legality. Washington, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2297365>. Acesso em: 02 mai. 2015

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust**: an integrated handbook. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v. 3, n. 2. Brasília: Banco Central do Brasil, 2009.

_____. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Método, 2012.

TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Os termos de compromisso de cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus. 2003.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.