BRUNO OLIVEIRA MAGGI

**O CARTEL E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORES

Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Associado Claudio Luiz Bueno de Godoy

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2010

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

O CARTEL E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

Professores orientadores:

Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo

(janeiro/2007 a novembro/2009)

Professor Associado Claudio Luiz Bueno de Godoy

(novembro/2009 a março/2010)

Aluno: Bruno Oliveira Maggi

Nº USP 3509764

São Paulo – 2010

Ao Professor Junqueira (*in memoriam*), que tanto me ensinou.

Aos meus pais, que tudo me deram.

Ao meu irmão e amigos, que sempre me apoiaram.

RESUMO

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** 233 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

A dissertação analisa os danos decorrentes dos efeitos gerados pelos cartéis sob a ótica da responsabilidade civil, visando identificar os prejuízos gerados aos consumidores e demais compradores dos produtos que sofrem a ação do cartel. Primeiro, são analisadas as estruturas de mercado que propiciam a formação dos cartéis e a sua definição sob os aspectos econômico e jurídico. Após os efeitos gerados pelos cartéis são verificados e agrupados de acordo com as lesões provocadas pelas decisões dos cartelistas para viabilizar a apreciação dos danos gerados. Tais danos correspondem à parte dos requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, que recai sobre os membros do cartel e os obriga a indenizar todos os prejudicados por suas práticas, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas ou mesmo a sociedade como um todo. Nesse sentido, os prejuízos gerados pelos cartéis podem ser individuais ou coletivos, o que varia de acordo com o bem jurídico atingido, interferindo sobre os meios disponíveis para a obtenção da indenização. Essa abordagem facilita a identificação dos danos decorrentes dos efeitos produzidos pelos cartéis para que se busque a plena indenização dos prejudicados.

Palavras-chave: responsabilidade civil, dano, lesão, prejuízo, indenização, cartel, estruturas de mercado

ABSTRACT

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** [The cartel and its effects under the tort framework]. 233 f. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, Brazil, 2010.

The dissertation analyses the damages arising from the effects of cartel practices under the tort point of view, in order to identify losses generated to consumers and other purchasers of products which were harmed by the cartel practices. First, the present work examines the market structures which allow cartel development and its economic and legal definitions. Afterward, the effects generated by cartels are verified and grouped according to the injuries caused by the decisions taken by the cartel members; this enables the appreciation of the damages produced. Such damages refer to part of the necessary requisites for the configuration of tort, which falls upon cartel members and compels them to indemnify all those injured by their practices, either individuals or legal entities, or even the society as a whole. In this sense, the damages arising from cartel practices could be individual or collective, varying according to the involved asset, influencing the available means to obtain the indemnification. This approach helps to identify the damages resulting from the effects of cartel practices in order to pursue the full compensation of the offended.

Key words: tort, damage, injury, loss, indemnification, cartel, market structure

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	IX
PARTE I – O CARTEL: DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E EFEITOS SOBRE O MERCADO	1
CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO	1
CAPÍTULO 2 – ESTRUTURAS DE MERCADO.....	8
2.1 – Concorrência	10
2.2 – Oligopólio.....	14
2.3 – Monopólio	18
CAPÍTULO 3 – CARACTERÍSTICAS DE MERCADO QUE PROPICIAM O SURGIMENTO DOS CARTÉIS.....	21
3.1 – Estrutura oligopolizada.....	26
3.2 – Possibilidade do exercício do poder econômico	28
3.3 – Altas barreiras à entrada	36
3.4 – Disponibilidade de informações	41
3.5 – Demanda próxima à inelástica	43
3.6 – Baixa diferenciação do produto (produto homogêneo).....	46
3.7 – Estruturas de produção e preço similares	49
3.8 – Circunstâncias que possibilitam o sistema de compensações	51
3.9 – Conclusões.....	53
CAPÍTULO 4 – DEFINIÇÃO DE CARTEL	58
4.1. – A definição de cartel no âmbito penal	70
4.2 – Os cartéis sob a ótica do direito civil	72
4.3. – Elementos componentes, tipos de cartéis e formas de atuação	79

CAPÍTULO 5 – EFEITOS DAS CONDUTAS CARTELIZADAS.....	84
5.1 – Os fornecedores	86
5.1.1 – Cobrança de preço acima do valor normal de mercado.....	86
5.1.2 – Redução dos investimentos na atividade empresarial.....	89
5.1.3 – Saldo do cartel	91
5.2 – Os compradores	92
5.2.1 – Pagamento de preço acima do valor normal de mercado	92
5.2.2 – Restrição ao desenvolvimento natural do mercado	96
5.2.3 – Diminuição geral do bem-estar social	100
5.3 – Conclusões.....	102

**PARTE II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM GERAL À INDENIZAÇÃO
PELAS PRÁTICAS DE CARTEL..... 104**

CAPÍTULO 6 – RESPONSABILIDADE CIVIL.....	104
6.1 – Ato ilícito.....	115
6.2 – Dano	125
6.2.1 – Conceito e classificação.....	125
6.2.2 – Dano-evento.....	134
6.2.3 – Dano-prejuízo	145
6.2.3.1 – <i>Dano material</i>	147
a) Danos emergentes	147
b) Lucros cessantes	149
6.2.3.2 – <i>Dano moral</i>	150
6.2.4 – Quadro esquemático e identificação dos prejuízos do cartel.....	156
6.3 – Nexo causal	157
6.4 – Culpa	170
6.5 – Excludentes de responsabilidade.....	176

CAPÍTULO 7 – INDENIZAÇÃO	178
7.1 – As três funções da indenização	179
7.2.1 – Função reparatória ou compensatória	187
7.2.2 – Função preventiva.....	188
7.2.3 – Função punitiva.....	189
 CONCLUSÃO	 197
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 201

INTRODUÇÃO

O papel que deve ser desempenhado pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência, no momento em que produzem suas decisões, é assunto que gera grande discussão. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão máximo de decisão administrativa no âmbito do direito concorrencial, tem crescido progressivamente em importância na última década.

Isso se deve, por um lado, ao grande número de operações econômicas ocorridas no período e que precisaram ser submetidas à análise dos órgãos de defesa da concorrência por gerarem concentração de mercado, e, por outro, pelas alterações legislativas e estruturais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) que levaram à intensificação das investigações de práticas anti-concorrenciais por parte da Secretaria de Direito Econômico (SDE),¹ seu braço investigativo. Tais mudanças conseguiram fortalecer as práticas de coleta de provas e, conseqüentemente, a qualidade da instrução dos processos, resultando no aumento de condenações pelo CADE.²

Em razão dessa maior exposição do CADE, a sociedade passou a perceber quais são as interferências geradas pelas decisões desse órgão na sua vida cotidiana. Compreendeu-se que a aprovação ou a reprovação de atos de concentração – resultantes da compra de uma empresa, por exemplo – pode interferir diretamente na vida das pessoas e no seu poder de compra. As importantes decisões envolvendo as empresas Nestlé e Garoto³ e as cervejarias Antártica e Brahma⁴ – além da ainda pendente decisão sobre a fusão do Itaú com o Unibanco⁵ – são bons exemplos de como a sociedade vem acompanhando as decisões emitidas pelo CADE e seus desdobramentos, situação essa percebida por meio da grande cobertura dada pela imprensa a tais casos.

¹ As diversas ações promovidas pela SDE para otimizar os recursos e concentrar os esforços nas investigações de maior relevância são refletidas no tempo médio de instrução dos Processos Administrativos por esse órgão, que foi reduzido de 2.215, em 2000, para apenas 125 dias, em 2007. (V. Relatório de Gestão da SDE – exercício de 2007, p. 109, disponível *on-line* em: <<http://www.mj.gov.br/sde>>, acessado em 01/10/2009).

² O número de condenações proferidas pelo CADE para Processos Administrativos saltou de apenas 3, em 1994, para 25, em 2005, conforme demonstra o Relatório de Gestão do CADE – exercício de 2007, p. 79, disponível *on-line* em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/relatorio_gestao_2007_200508.pdf>, acessado em 15/02/2010.

³ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.

⁴ Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12.

⁵ Ato de Concentração nº 08012.011303/2008-96.

No âmbito do controle das condutas, o caráter sigiloso das investigações e o menor volume de decisões reduzem a visibilidade da matéria. Contudo, algumas operações dignas de produções cinematográficas⁶ promovidas pela Polícia Federal e as decisões mais recentes vêm atraindo a atenção ao menos dos advogados atuantes no setor.

Ao contrário do que acontecia no passado, quando o CADE muitas vezes absolvía os acusados por práticas anti-concorrenciais em função da falta de provas, as decisões mais recentes aprofundam a análise de mérito do caso e muitas delas resultam na condenação dos investigados. O aumento da qualidade das investigações propicia não apenas a maior certeza no julgamento, mas também favorece a assertividade das penas. O número de condenações tem aumentado por consequência dessa obtenção de provas mais substanciais.

Todos esses fatores levam à discussão sobre a missão desempenhada pelo CADE perante a sociedade no momento da fixação de suas condenações. A pena imposta deve cumprir com suas funções retributiva e preventiva,⁷ analogamente ao que é exigido de uma condenação no âmbito do direito penal.⁸ Nesse sentido, as imposições da sentença devem efetivamente dissuadir o infrator da reiteração de suas práticas infrativas, e a multa, em especial, deve ser maior que o lucro obtido, para que tal objetivo seja alcançado. Atingindo-se tal objetivo, não se estará apenas evitando a reiteração da infração, mas também o descumprimento legal por outros agentes de mercado.

⁶ Vide o caso do Cartel das Laranjas, no qual a chamada “Operação Fanta”, deflagrada pela Polícia Federal a pedido da SDE, mostrou-se uma megaoperação de busca e apreensão nas sedes das empresas investigadas por participação no cartel, nas residências de diretores e funcionários e na sede da Abecitrus – Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos. Durante a operação de busca ocorreram diversas cenas curiosas, das quais algumas são dignas de nota. No momento da chegada da Polícia Federal na sede de uma das empresas investigadas, um dos diretores tentou fugir com diversos documentos escondidos em sua roupa e, quando interceptado pelos policiais, alegou ter “selecionando” as provas mais importantes para as autoridades, enquanto outro funcionário jogou diversos documentos pela janela do prédio, mas estes foram habilmente coletados pelo eficiente porteiro do prédio, sendo também entregues posteriormente aos policiais. Na sede de outra empresa investigada até mesmo uma metralhadora Uzi foi apreendida na sala de um dos diretores. (*Indústrias de suco poderão ser multadas em até R\$ 2 bi*, in *Valor Econômico*, edição eletrônica de 26/01/2006. Disponível on-line em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Documento acessado em 15/12/2008).

⁷ BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame, São Paulo: Singular, 2003, pp. 31-5.

⁸ Desse modo, Nelson Hungria sustenta que há uma “fundamental identidade” entre a penalidade criminal e a administrativa, no sentido de que ambas representam, “de um lado, o mal infligido por lei como consequência do ilícito e, por outro, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito”. As penas administrativas guardariam, portanto, “o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, à semelhança das penas criminais” (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*, in *Revista de Direito Administrativo* 1 (1945), p. 27). Adotando semelhante orientação na doutrina contemporânea, defende Celso Antônio Bandeira de Mello que o que distingue tais espécies de penalidade “é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”, sendo somente “disto que resulta o regime jurídico que lhes confere a própria feição, a identidade jurídica que lhes concerne” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 823). Vide capítulo 7.

No caso das empresas infradoras, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94) determina que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.⁹

No entanto, esse cálculo é extremamente complicado. Primeiro, é necessário definir se a vantagem auferida deve ser considerada como (i) a diferença de valor cobrado dos consumidores acima do preço normal de mercado ou (ii) o ganho efetivo da empresa participante do acordo de cartel, depois de computados os demais valores envolvidos (tais como a alteração da estrutura de custo da empresa e o custo operacional do cartel). Apesar de à primeira vista esses valores parecerem fatores opostos de uma expressão matemática, inexistente uma relação direta entre eles.

Em vista de tais dificuldades, o cumprimento estrito da norma contida no artigo 23, I da legislação concorrencial se torna impraticável e o cálculo da vantagem auferida pela empresa, quando realizado, é feito de maneira estimada.

Assim, a pena aplicada aos infratores sequer cumpre com seu caráter repressivo, pois não é suficientemente elevada para dissuadir o infrator de reincidir no ato e sinalizar ao mercado que a lei deve ser cumprida. Mesmo as penas previstas para os casos de reincidência ficam aquém do necessário. Ainda que fossem suficientes, a natureza da penalidade administrativa não permite o seu uso para recompor as perdas daqueles que foram prejudicados pelas atividades do cartel. Nesse contexto, pode ser percebida a importância da responsabilização civil dos infratores.

A ação de indenização civil tem a função de recompor os prejuízos dos particulares e, cumprindo com esse objetivo, também contribui para a dissuasão das práticas ilícitas, visto que o prejuízo gerado por um cartel tende a ser bastante elevado e a devolução desses valores causa um grande impacto financeiro à empresa infratora.

O cenário traçado demonstra a grande relevância do estudo da responsabilidade civil decorrente das infrações à ordem econômica. Muito há a se desenvolver na doutrina nacional, tais como os estudos para identificação adequada do dano provocado pelos infratores, da verificação de todos os prejuízos gerados aos agentes econômicos prejudicados e da análise da indenização cabível e fixação do *quantum* para as situações em que for cabível.

Nesse sentido, essa dissertação se prestará a identificar os danos resultantes dos cartéis, que representam maior relevância dentre as infrações à ordem econômica, e

⁹ Lei nº 8.884/94, artigo 23, I.

verificar os casos em que é cabível o pedido de indenização. O estudo será dividido em três partes: (i) o cartel, (ii) a responsabilidade civil e (iii) os efeitos do cartel.

Apesar de o estudo ser feito sob a ótica do direito privado, não do direito econômico,¹⁰ a parte destinada ao cartel, bem como a abordagem econômica de alguns tópicos, se faz necessária. Os capítulos destinados ao estudo do cartel servem para trazer os conceitos e características básicas necessárias para situar o tema e criar os pressupostos necessários para o entendimento dos capítulos posteriores, principalmente no que se refere à apuração dos prejuízos gerados pelo cartel à sociedade e dos benefícios trazidos aos cartelistas, e também os meios existentes para que seja feito o pedido de indenização.

A parte em que será tratada a responsabilidade civil é a mais abrangente e na qual se destaca o capítulo relativo ao dano. Nessa seção serão abordados os elementos formadores da responsabilidade civil e itens específicos serão destinados ao dano em razão de sua importância na responsabilização dos agentes participantes de um cartel. A abordagem do dano será feita com base na mais moderna doutrina que utiliza o enfoque do bem lesionado para classificar as diversas hipóteses existentes e separa o dano nos seus âmbitos da lesão e do prejuízo. Também será dedicado um capítulo à indenização e à forma como ela pode ser requerida pelos prejudicados. A análise priorizará identificar as ações cabíveis para cada grupo de prejudicados, de acordo com o dano gerado.

Por fim, a terceira parte estudará os efeitos do cartel na esfera civil dos prejudicados com base nos resultados econômicos produzidos. O exame se propõe a identificar os principais danos e prejuízos gerados, avaliando os efeitos incidentes sobre os compradores e os fornecedores.

Com isso, pretende-se que esta dissertação aborde detalhadamente todas as etapas envolvidas no processo que se inicia com a prática da infração à ordem econômica, passa pela identificação e classificação dos danos, exame dos prejuízos e termina com a verificação das indenizações devidas aos prejudicados.

¹⁰ Vale ressaltar a discussão sobre a efetiva existência do direito econômico como um dos ramos a serem estudados na ciência jurídica. Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 136 e ss..

PARTE I – O CARTEL: DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E EFEITOS SOBRE O MERCADO

CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO

As atividades hoje conhecidas como práticas de cartel não são verdadeiramente recentes, existindo diversos precedentes históricos. Como salienta Tullio Ascarelli, “as convenções entre empresários autônomos que têm por fim a disciplina da concorrência recíproca não são completamente novas na história, especialmente no âmbito da atividade industrial, assim como não são novos os problemas suscitados por estas convenções pela necessidade de resguardar os consumidores da formação de monopólio”.¹¹

São encontradas referências à existência dos cartéis na Europa dos séculos XV e XVI, os quais atuavam de modo muito próximo ao funcionamento dos cartéis contemporâneos. Sobre esse período, Ascarelli aponta exemplos da ocorrência de cartéis na indústria mineradora já nos anos de 1470, 1534 e 1548,¹² enquanto Richard Lewinsohn relata a existência de um cartel para venda de cobre em Veneza, liderado pela Casa Fugger de Augsburgo, em 1498.¹³ Com a Revolução Industrial, os avanços tecnológicos e as transformações do sistema produtivo incentivam mais ainda a prática dos cartéis, que é especialmente ampliada no decorrer do século XIX.

Quanto à evolução da disciplina jurídica dessas atividades,¹⁴ houve um primeiro estágio em que o cartel era, em geral, condenado, exceto por raras hipóteses em que era permitido. Essa orientação resulta do choque entre a prática do cartel e a mentalidade

¹¹ ASCARELLI, Tullio. *Consorti volontari tra imprenditori*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 12, tradução livre. No original: “Le convenzioni tra imprenditori autonomi ai fini della disciplina della reciproca concorrenza, non sono completamente nuove nella storia, specie nell’ambito dell’attività industriale, come non sono nuovi i problemi suscitati da queste convenzioni per la necessità di tutelare il pubblico dei consumatori di fronte a formazioni di monopolio”. Em sentido similar, sustenta Richard Lewinsohn que “se em sua forma atual eles são criações novíssimas, a um tempo motor e emanção de nossa era técnica, por outro lado encontramos na história formações econômicas análogas, não se tratando apenas de precursores, mas de organismos que bem merecem o nome de trustes e cartéis” (LEWINSOHN, Richard. *Trusts et cartels dans l’économie mondiale*, 1940, trad. port. de Silvio Rodrigues, *Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial*, Rio de Janeiro: Globo, 1945, p. 21).

¹² ASCARELLI, Tullio. *Consorti volontari tra imprenditori*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 12.

¹³ LEWINSOHN, Richard. *Trusts et cartels dans l’économie mondiale*, 1940, trad. port. de Silvio Rodrigues, *Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial*, Rio de Janeiro: Globo, 1945, pp. 24-25.

¹⁴ Para a evolução das abordagens econômicas do cartel, especialmente na literatura norte-americana, cf. ELZINGA, Kenneth G. New developments on the cartel front, in *The antitrust bulletin* 29, 1984, pp. 3-26.

medieval do *justum pretium*, que considerava ilícito qualquer esforço praticado pelos comerciantes para vender suas mercadorias acima de seu justo preço. Ainda assim, a prática persistiu, espalhando-se nos mais diversos sistemas e setores econômicos.

Com a superação paulatina da proibição canônica da usura, surge uma nova fase em que passou a prevalecer a interpretação de licitude dos cartéis perante o direito comum.¹⁵

Completamente diversa é a próxima fase. Durante o século XIX progressivamente se instaurou uma nova disciplina jurídica para acompanhar o movimento da análise econômica. Na análise de Paula Forgioni, o advento do liberalismo é acompanhado pelo “consenso de que o preço ideal é aquele determinado por um mercado competitivo, sem a interferência de qualquer outro fator que não a oferta e a procura do produto”; com isso, “assenta-se o princípio de que os preços devem ser determinados não por fatores e atuações artificiais dos agentes econômicos, mas sim pela lei da oferta e da procura”.¹⁶

A primeira jurisdição a criar normas contra cartéis foi a canadense, com a edição, em 1889, do *Act for the Preservation and Suppression of Combinations formed on Restraint of Trade* que, visando “atacar os problemas de combinados ou conluio para restringir o comércio, para fixar preços ou restringir a produção”, “considerava a fixação de preços e outros acordos entre competidores espécies de conduta abusiva”.¹⁷

Posteriormente, em 1890, os Estados Unidos editaram o *Sherman Act*, declarando ilegais todos os contratos, combinações ou conspirações de qualquer forma que objetivassem restringir o comércio.¹⁸ Em 1914, passam a integrar o sistema o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, responsáveis respectivamente pela expansão e detalhamento da esfera de proteção estabelecida pelo *Sherman Act* e pela criação do órgão

¹⁵ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Consorti volontari tra imprenditori*, Milão: Giuffrè, 1937, p. 13.

¹⁶ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 62.

¹⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 4.

¹⁸ Sherman Act – Seção 1. Trustes, etc., em restrição ao comércio ilegal; multas: “Todo contrato, combinação por meio de trustes ou de outra forma, ou conspiração, que restrinja o comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Cada pessoa que faça qualquer contrato ou se engaje em qualquer tipo de combinação ou conspiração declarada ilegal será considerado culpado de um delito grave. No caso de condenação, pode ser punido com uma multa de até US\$ 10.000.000,00 se for uma empresa ou, se qualquer outra pessoa, de até 350.000,00 dólares, ou com a pena de detenção não superior a três anos, podendo incorrer em ambas as punições, a critério do tribunal”. Tradução livre de: Sherman Act – Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

encarregado da defesa concorrencial no direito americano.

No âmbito europeu, a Alemanha foi um dos países pioneiros na disciplina jurídica dos cartéis. A primeira lei editada contra os cartéis foi a *Kartellverordnung*, de 2 de novembro de 1923, elaborada ainda durante a República de Weimar e que,

partindo da premissa geral da licitude dos cartéis e do reconhecimento do regime da livre concorrência como o melhor sistema econômico, reprimia-os somente enquanto houvesse abuso de uma posição dominante sobre o mercado¹⁹

Assim, esse sistema criado na Alemanha permitia o funcionamento dos cartéis. Contudo, a partir de 1934 passou-se a ser exigida uma autorização administrativa, mediante registro, para o seu funcionamento. Arturo Caputo²⁰ relata que para facilitar o controle governamental, exigia-se, além da necessária forma escrita, a apresentação de uma solicitação ao Ministério competente instruída de cópia de todas as convenções e disposições concernentes à execução do contrato de cartel.

A cultura hoje difundida de combate aos cartéis, fundada no julgamento de que essas práticas sempre geram efeitos prejudiciais à economia, torna essas observações incoerentes. Entretanto, as análises econômicas e cultura empresarial vigentes na época consideravam os cartéis como práticas justificáveis e, em alguns casos, até mesmo necessárias para o bom funcionamento dos mercados. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o que afirma o economista alemão Robert Liefmann, em 1927, sobre as atividades dos cartéis²¹:

Admite-se cada vez mais que os cartéis são o resultado necessário do desenvolvimento econômico (...), e que a supressão deles, ainda que fosse possível, significaria a renúncia ao progresso econômico, que é por eles promovido. Deve-se, portanto, somente eliminar tanto quanto se possa os seus efeitos danosos, que derivam, sobretudo, da natureza monopolística de tais organizações.

¹⁹ GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Consorti industriali*, in *Novissimo digesto italiano* IV (1957), p. 281, tradução livre. No original: “la prima legge contro i cartelli emanata in Germania è la *Kartellverordnung* del 2-XI-1923 che, partendo dalla premessa generale della liceità dei cartelli e dal riconoscimento del regime di libera concorrenza come il migliore sistema economico, li reprimeva soltanto in quanto vi fosse abuso di una posizione dominante sul mercato”.

²⁰ CAPUTO, Arturo. *I consozi d'impresa*. Milão: Giuffrè, 1938, p. 101.

²¹ LIEFMANN, Robert. *Kartelle, Konzerne und Trusts*, 1927, trad. it. de Francesco Vito, *Cartelli, gruppi e trusts*, in BOTAI, Giuseppe; ARENA, Celestino (orgs.), *Nuova collana di economisti stranieri e italiani*, v. VII, 1934, p. 778, tradução livre. No original: “Si riconosce sempre più anche che i cartelli sono il risultato necessario dello sviluppo economico (...), e che la soppressione di essi, anche quando fosse possibile, sarebbe la rinuncia al progresso economico, che è da essi promosso. Adunque si tratta solo di eliminare per quanto è possibile gli effetti dannosi di essi, che derivano soprattutto dalla natura monopolistica di siffatte organizzazioni”.

As preocupações mais prementes de disciplina antitruste e de repressão aos cartéis, nos moldes como ocorria nos Estados Unidos desde fins do século XIX, só iriam cristalizar-se na Europa anos mais tarde,²² muito em razão da vitória norte-americana da Segunda Guerra Mundial. Com essa mudança, Giuseppe Ferri²³ sustenta ter sido superada a postura européia anteriormente vigente, ilustrando essa mudança com a referência à promulgação do *Monopolies and Restrictive Practices Commission Act* (1953) e do *Restrictive Practices Act* (1956), na Inglaterra; do Decreto nº 53/704 (1953), na França; da Lei de 27 de julho de 1957, na Alemanha; e, por fim, com a vedação dos cartéis pela disciplina comunitária.²⁴

A mudança ocorrida no sistema alemão é bastante representativa das mudanças ocorridas: enquanto o já citado diploma de 1923 guardava um aspecto essencialmente permissivo quanto à prática, vedando apenas o abuso, o advento do Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), de 27 de julho de 1957, reverte totalmente a orientação e passa a proibir os cartéis,²⁵ sob influência dos princípios norte-americanos.

Conforme relata Hannah L. Buxbaum, após a Segunda Guerra Mundial, o direito concorrencial alemão desenvolveu-se tendo a disciplina antitruste dos Estados Unidos como pano de fundo.²⁶ O novo diploma, dessa forma, veio no sentido de “proibir cartéis, seja na forma de acordos explícitos ou de ações informais concertadas, bem como práticas

²² Conforme apontam Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, “somente no século XX a concorrência passou a integrar as preocupações dos países da Europa, constituindo-se em reação aos monopólios e concentrações muito mais visíveis em razão da rapidez que as comunicações e os transportes alcançaram. Mesmo assim, até recentemente, a maior parte dos países da Europa Ocidental eram destituídos de políticas concorrenciais, exceto a Alemanha e o Reino Unido” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 9-10).

²³ “A política antitruste [no que se refere aos cartéis] própria dos ordenamentos jurídicos norte-americanos, que, nos Estados Unidos da América, remontam a uma época já longínqua (o *Sherman Act* é de 1890; o *Clayton Act* é de 1914), encontrou sempre uma aplicação rigorosa, o mais das vezes, em consequência dos sucessivos provimentos legislativos, e firmou-se também na Europa, em época recente (...), tendo servido de base aos ordenamentos comunitários.” Tradução livre de: “La politica *antitrust* [atinente aos cartéis] propria degli ordinamenti nord-americani, che negli Stati Uniti di America risale ad epoche ormai lontane (lo *Sherman Act* è del 1890; il *Clayton Act* è del 1914) ed ha trovato una sempre più rigorosa attuazione in conseguenza dei successivi provvedimenti legislativi, si è affermata anche in Europa in epoca recente (...) ed è stata posta alla base degli ordinamenti comunitari” (FERRI, Giuseppe. *Consortio: teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto* IX, 1980, p. 384).

²⁴ Artigos 81 e 82 do Tratado que institui a Comunidade Européia (Tratado de Roma, 1957) e artigo 1º do Regulamento (CE) nº 1/2003 da Comissão Européia.

²⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, §50. Cf. GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Consorti industriali*, in *Novissimo digesto italiano* IV (1957), p. 281.

²⁶ “Following World War II, German competition law developed against the backdrop of U.S. influence, exerted in part directly, during the occupation years, and in part indirectly, through U.S. involvement in the subsequent shaping of both German and E.U. competition policy” (BUXBAUM, Hannah L. *German legal culture and the globalization of competition law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement*, in *Berkeley journal of international law* 23, 2005, p. 476).

abusivas, discriminatórias e predatórias de empresas com poder de mercado”.²⁷

No Brasil, a primeira norma editada que previa a punição dos cartéis foi o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que definia como crime contra a economia popular por meio de seu artigo 2º, III a promoção ou participação em acordos com o fim de impedir ou dificultar a concorrência para o aumento arbitrário de lucros. A pena para tal crime era punida com prisão de 2 a 10 anos e multa.

Depois, foi promulgado o Decreto-Lei 7.666, de 22 de junho de 1945, que considerava como um ato contrário ao interesse da economia nacional (não mais um crime) os acordos que tivessem por efeito a elevação de preços, restrição, cerceamento ou supressão da liberdade econômica ou influenciar o mercado para o estabelecimento de um monopólio.

Foi criada a C.A.D.E. (Comissão Administrativa de Defesa Econômica), subordinada diretamente ao Presidente da República, que era responsável pela fiscalização do mercado. Quando verificada a prática de qualquer dos atos previstos no Decreto-Lei, inclusive a prática de cartel, a C.A.D.E. devia notificar a empresa envolvida na prática do ato para que as atividades fossem cessadas. Caso tal ordem não fosse obedecida, a C.A.D.E. determinava a intervenção do governo sobre as empresas envolvidas.

Portanto, o avanço marcado por esse estágio da legislação foi o da criação de um órgão específico para fiscalizar as condutas dos agentes, inclusive relacionadas aos atos de concentração de mercado, com poderes para punição administrativa das empresas. Com isso o grande avanço só viria com a promulgação da Lei 4.137/62.

A Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962 criou o atual CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), mas o manteve na forma de órgão ligado à administração direta – agora, estava subordinado diretamente à Presidência do Conselho de Ministros.

Os cartéis passaram a ser considerados como uma das formas de abuso econômico pelo artigo 2º, cujo inciso I determinava que era abuso do poder econômico a dominação ou eliminação total ou parcial da concorrência por meio de acordos entre empresas.

O grande avanço dessa lei foi a estruturação dos processos que seriam iniciados para investigar as práticas previstas pela lei que fossem denunciadas ao CADE.²⁸ Além disso, criou procedimentos específicos e diferentes etapas para tais investigações. O

²⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 10.

²⁸ Lei nº 4.137/62, artigos 26 a 47.

problema da arbitrariedade, contudo, permaneceu no âmbito da punição, pois a decisão do CADE deveria exigir a cessação das práticas irregulares e fixar a multa, que podia variar de duzentas mil a cinco milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional – BTN,²⁹ sem qualquer vinculação ao ato praticado, efeitos gerados ou tamanho da empresa envolvida na prática.

Ademais, não sendo cumprida a decisão do CADE, continuava possível a decretação de intervenção sobre as empresas condenadas, cuja intervenção fosse considerada necessária.³⁰ Entretanto, o CADE não podia determinar automaticamente a intervenção, pois passou a ser necessária a execução de sua sentença no Poder Judiciário, para que este proferisse uma sentença determinando a intervenção.³¹

Mesmo com as grandes mudanças ocorridas, a aplicação da lei foi pequena e poucos foram os casos julgados pelo CADE até a promulgação da nova lei, em 1994.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, atual lei de defesa da concorrência, transformou o CADE em autarquia federal, que passou a ser vinculada ao Ministério da Justiça, mas gozando da independência de ser um órgão da administração indireta.

O cartel passou a ser previsto de forma mais genérica, podendo ser qualquer acordo entre empresas que vise a limitação ou restrição da concorrência, dominação de mercado, aumento arbitrário de lucros ou exercício abusivo da posição dominante, nos termos do artigo 20, além de ser previsto especificamente pelos incisos I, II, III e VIII do artigo 21.

Além disso, o sistema de aplicação das penas foi alterado, passando de uma faixa de valores determinados para uma porcentagem sobre o faturamento das empresas (de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa),³² além de fixar critérios específicos a serem considerados para a aplicação da multa, nos termos do artigo 27.

Manteve-se a possibilidade da decretação de intervenção na empresa, sendo que a execução das decisões do CADE deve ser feita pelo Poder Judiciário. Contudo, a intervenção passou a ser mais restrita e com regras claras, visando apenas o cumprimento da decisão do conselho.

Foram também aprimoradas as regras dos procedimentos de investigação e criados novos mecanismos para facilitar a desestruturação das atividades ilícitas, tais como

²⁹ Lei nº 4.137/62, artigo 43.

³⁰ Lei nº 4.137/62, artigo 47.

³¹ Lei nº 4.137/62, artigos 48 a 71.

³² Lei nº 8.884/94, artigos 23 a 27.

os Acordos de Leniência, através dos quais os envolvidos nas práticas anti-concorrenciais podem denunciá-las e receber uma atenuação ou até mesmo a isenção da pena, e os Termos de Compromisso de Desempenho e Cessação de Prática.

Por fim, vigora em conjunto com a Lei nº 8.884/94 a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Dentre eles, está o cartel, definido pelo artigo 4º, I, “a”, que é punido com a pena de reclusão de 2 a 5 anos ou multa.

Apesar de a aplicação dessa lei não ser feita pelo CADE, mas sim pelo juízo criminal, a possibilidade de prisão dos administradores das empresas participantes dos cartéis aumenta substancialmente o grau de coercibilidade das normas de defesa da concorrência, pois o temor da prisão gera mais insegurança aos administradores que a imposição de multa.³³ Em geral, a multa é paga pela empresa e pode ser calculável antes mesmo da prática ilícita, compondo o custo de oportunidade do cartel; além disso, o seu pagamento pode ser adiado por muitos anos mediante o uso de práticas processuais dilatórias. Mesmo sabendo-se que há um projeto para alteração da lei atual, em estágio bastante avançado no processo legislativo, a legislação atual está atendendo bem às necessidades das autoridades para investigação e condenação dos agentes que incidem em práticas anti-concorrenciais. As hipóteses referentes aos cartéis se adéquam às definições do instituto e conseguem abarcar todas as práticas concertadas dos agentes com a finalidade de lesar a concorrência.

³³ Os administradores das empresas participantes dos cartéis também podem ser punidos conjuntamente com as empresas pelas práticas anti-concorrenciais, no valor correspondente de 10% a 50% do valor da multa da empresa, nos termos do artigo 23, II, Lei nº 8.884/94.

CAPÍTULO 2 – ESTRUTURAS DE MERCADO

Os mercados podem ser estruturados de diversas formas de acordo com a forma de interação de seus elementos e o estudo dessa organização é essencial para a análise dos cartéis. As três formas básicas, também chamadas de regimes de mercado, são: a concorrência, o oligopólio e o monopólio. Cada um desses regimes pode se desdobrar em outras divisões, dependendo da classificação adotada,³⁴ mas os conceitos desses três regimes não se alteram e são suficientes para compreender as eventuais subdivisões.

Ademais, essas três formas básicas se referem aos fornecedores, sendo que existem os mesmos regimes contrapostos para definir o regime de mercado no pólo dos compradores: a concorrência, o oligopsônio e o monopsônio. Tendo em vista que as definições, características e requisitos são os mesmos, alterando-se apenas a posição dos agentes no mercado, as explicações tomarão como base os regimes de mercado dos fornecedores, fazendo-se referência às estruturas de mercado dos compradores quando necessário.

Ao longo desse estudo, preferencialmente será empregado o termo “agente econômico” em detrimento de empresa, firma ou qualquer outra forma de organização societária por ser mais genérico e abrangente, incluindo não só pessoas jurídicas como também as pessoas físicas e os empresários individuais. As atividades de mercado e o envolvimento em práticas de cartel podem ser desenvolvidos por pessoas físicas ou jurídicas, sendo que essas últimas podem ser organizadas de diversas formas. Assim, apesar dos demais termos citados não serem incorretos e poderem ser utilizados em algumas circunstâncias, serão evitados, na medida do possível, por poderem expressar uma situação parcial ou apenas uma das hipóteses possíveis para os assuntos tratados, ao contrário do termo “agente econômico”, que abarca todas as possibilidades existentes.

Também se evitará o uso da palavra “consumidor”, que dará lugar ao termo “comprador” pelo mesmo motivo acima exposto. Esse último se refere a um grupo mais abrangente e genérico de agentes econômicos.

Como se sabe, existe grande discussão sobre a definição de consumidor para que represente juridicamente um grupo específico de sujeitos. Apesar de o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) definir expressamente que “consumidor é toda pessoa

³⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 264-85.

física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”,³⁵ há margem a dúvida com relação ao que seria o uso do produto ou serviço como destinatário final³⁶.

Portanto, visando evitar discussões que extrapolam os limites desse estudo, as referências serão feitas aos compradores porque eles podem ser, ou não, incluídos na definição jurídica de consumidor. Uma empresa que se posicione no meio da cadeia produtiva pode adquirir os seus insumos de um cartel e claramente não estar incluída na definição de consumidor, pois não será a destinatária final desse bem.³⁷ Contudo, ela estará sendo lesada pelo conluio da mesma forma que os consumidores finais, se existirem no mercado afetado.³⁸ Portanto, os consumidores estão incluídos no significado da palavra “comprador”.

Não há dúvida de que o consumidor mereça proteção contra os cartéis e sua posição fragilizada perante a grandes corporações seja protegida. Atualmente, a doutrina tem se desenvolvido bastante a esse respeito e o objetivo final deste estudo também é preservar os direitos do consumidor e indicar quais os prejuízos que são por ele sofridos e os modos de serem recuperados por meio da cobrança de indenização.

Na verdade, os consumidores são bastante protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, que promove uma defesa especial e destaca sua situação de hipossuficiência diante dos fornecedores, tal como também ocorre nos demais países do Mercosul.³⁹

Assim, dado que os efeitos gerados pelos cartéis não se restringem apenas aos consumidores, mas podem atingir todos os compradores dos produtos que sofrem os aumentos de preço,⁴⁰ a utilização do termo “comprador” ao longo desse estudo se mostra mais adequada por abranger integralmente o grupo de pessoas contraposto aos

³⁵ Lei nº 8.078/90, artigo 2º.

³⁶ Alguns consideram que para haver uma relação de consumo o produto não pode ser utilizado no processo produtivo de outro produto, enquanto que para outros os produtos não podem ser utilizados como insumos.

³⁷ Pode-se tomar como exemplo a indústria de produção de papel, na qual uma determinada empresa adquire a celulose de seus fornecedores, pertencentes a outro mercado, e a beneficia para transformar em papel, que será vendido como produto final ao comprador – que mesmo nesse não será necessariamente um consumidor.

³⁸ Existem mercados em que nenhum dos compradores pode ser considerado um consumidor sob a definição jurídica. Tomando como exemplo a indústria petroquímica, sabe-se que o polietileno é um material branco e viscoso derivado do Petróleo. O polietileno é comprado por diversas empresas para a produção de inúmeros produtos, tais como filmes, embalagens, garrafas, cabos, fios e diversos utensílios domésticos. Contudo, não há uma aplicação direta do polietileno pelo consumidor final, de modo que ele sempre é utilizado como matéria-prima para outros produtos. Assim, pode-se dizer que do ponto de vista estritamente jurídico não há consumidores de polietileno, apesar de existirem compradores desse produto.

³⁹ Confira: CABANA, Roberto M. Lopez. *Responsabilidad civil por daños al consumidor en el Mercosur*. In: Roma e America. *Diritto Romano Comune – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Roma: Mucchi, 1997. pp. 225-231).

⁴⁰ Vide capítulo 5.

fornecedores. A utilização dessa linguagem não ignora a proteção que deve ser dada aos consumidores e ainda amplia o foco de incidências das conclusões que serão apresentadas.

Com relação aos “fornecedores”, a linguagem técnica se mostra a mais apropriada, pois a sua definição prevista pelo Código de Defesa do Consumidor⁴¹ abarca qualquer agente econômico que participa do lado produtivo do mercado, sejam eles “produtores”, “vendedores” ou agentes que desenvolvam qualquer outra atividade de inclusão de produtos no mercado.

2.1 – Concorrência

O regime de concorrência é aquele em que os agentes atuam livremente e podem estabelecer seus preços e quantidades vendidas sem interferência das decisões dos demais competidores. Para que essa situação ocorra, devem estar presentes alguns requisitos, dos quais Nusdeo considera que seriam essenciais os seguintes:⁴² grande número de agentes econômicos (compradores e fornecedores) em interação recíproca, atomização do mercado (nenhum agente consegue exercer influência sobre as condições de venda do produto), homogeneidade do produto, inexistência de barreiras à entrada, pleno acesso às informações pelos agentes, ausência de economias de escala e ausência de economias externas.

Os mesmos requisitos são reconhecidos por Stigler como necessários para a formação de um ambiente concorrencial, com exceção da homogeneidade do produto, a qual considera que pode estar integrada à própria definição do mercado.⁴³ Opinião quase que similar é expressada por Gellhorn, Kovacic e Calkins que, tal como Nusdeo, incluem a homogeneidade do produto como um requisito necessário para o cenário de concorrência⁴⁴ e afirmam que “a concorrência perfeita descreve um mercado no qual o interesse dos consumidores detém o controle. Os fornecedores respondem às vontades dos consumidores produzindo o que os compradores querem e, competindo entre si, ao menor preço. O mercado é eficiente na medida em que nenhum rearranjo da produção ou distribuição irá

⁴¹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

⁴² NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 263.

⁴³ STIGLER, George J. *The organization of industry*. Chicago: University of Chicago, 1983, pp. 5-7.

⁴⁴ GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 5ª ed. St. Paul, West, 1994, p. 68.

melhorar a posição de qualquer consumidor ou fornecedor sem colocar outro agente em situação pior”.⁴⁵

“A concorrência, em um sistema econômico livre, é ocasionada pela luta encadeada no domínio econômico, entre vários vendedores ou comerciantes, que procuram introduzir, ou expor à venda, ao mesmo tempo, mercadorias da mesma natureza e qualidade”,⁴⁶ conforme define a Enciclopédia Saraiva do Direito.

Encontra-se na economia que a definição para concorrência é a “situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Nessas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente segundo a correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou fornecedores isolados. Os capitais podem, então, circular livremente entre os vários ramos e setores, transferindo-se dos menos rentáveis para os mais rentáveis em cada conjuntura econômica. Nesse caso, o mercado é concorrencial em alto grau. De acordo com a doutrina liberal, propugnada por Adam Smith e pelos economistas neoclássicos, a livre concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e os consumidores”.⁴⁷

Também sob a ótica econômica, concorrência pode ser considerada “a situação em um mercado na qual firmas ou vendedores trabalham independentemente pela clientela de compradores para atingir um objetivo comercial particular, e.g., lucros, vendas e/ou participação de mercado”.⁴⁸

Benjamin M. Shieber concebe a “concorrência ou competição no campo econômico” como “a luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado, quando se fala de vendedores, ou uma maior ou melhor parte da oferta, quando se fala de compradores”.⁴⁹

Contudo, existem graus de concorrência e o modelo de concorrência perfeita em que estariam presentes todas as características consideradas essenciais por Nusdeo é

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 67.

⁴⁶ *Concorrência* (verbetes), in FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. vol. 17, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 209.

⁴⁷ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2001, pp. 118-119.

⁴⁸ “A situation in a market in which firms or sellers independently strive for the patronage of buyers in order to achieve a particular business objective, e.g., profits, sales and/or market share” (tradução livre) – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Glossary of industrial organization economics and competition law*, disponível on-line in: <<http://www.oecd.org>>, p. 22.

⁴⁹ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: RT, 1966, p. 61.

apenas idealizado, na opinião do próprio autor.⁵⁰ Para que se considere que há concorrência, a estrutura de mercado deve permitir um grau mínimo de concentração, no qual os agentes econômicos não consigam exercer sua influência sobre os demais.⁵¹ Dada a dificuldade de se atingir um ambiente estritamente concorrencial, considera-se suficiente que o mercado seja considerado contestável. Na opinião de Calixto Salomão,

Para que o mercado funcione segundo as regras concorrenciais não é necessário, portanto, a sua aderência ao irreal modelo de concorrência perfeita. Basta, isso sim, garantir a maior proximidade possível à perfeita contestabilidade. [...] Define-se mercado perfeitamente contestável como sendo aquele em que a entrada é absolutamente livre, e a saída não importa relevantes custos para o vendedor. [...] a nova empresa não sofre nenhuma desvantagem em termos de técnica produtiva ou qualidade percebida de seu produto [...] a saída não importa custos irrecuperáveis (*sunk costs*).⁵²

William Baumol define o mercado contestável como aquele em que

a entrada é absolutamente livre e a saída absolutamente gratuita. Usamos o termo ‘liberdade de entrada’ no sentido dado por Stigler, não para significar que a entrada é gratuita ou fácil, mas que o entrante não sofre desvantagens técnicas de produção ou diferenças perceptíveis na qualidade do produto em comparação à empresa já estabelecida, e que os potenciais entrantes consideram apropriado avaliar a lucratividade da entrada com base nos preços pré-entrada das empresas estabelecidas.

⁵⁰ “É fácil verificar o quanto um regime como este representa muito mais uma abstração do que uma situação encontrada na realidade. [...] A concorrência perfeita representa na ciência econômica o que o vácuo ou a ausência de atrito representam na física” (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 264).

⁵¹ “O mercado perfeitamente concorrencial é definido como sendo aquela estrutura em que há um grande número de empresas – geralmente de dimensões pequenas – produzindo um (único) produto homogêneo e onde não existem barreiras à entrada. Uma das principais características dessa forma de mercado é que nenhuma empresa individualmente, em função de seu tamanho, consegue alterar o preço de mercado mediante a redução ou aumento de sua produção. A firma é tomadora de preços. Assim, em seu comportamento maximizador de lucros, ajusta sua produção até o ponto em que o preço iguala o custo marginal e, supondo-se que a curva de custo médio tenha a forma de ‘U’, o nível de produto de equilíbrio de longo prazo será aquele em que o custo médio será mínimo. Sob esse aspecto, essa estrutura apresentaria propriedades adequadas em termos de bem-estar, pois estaria igualando o preço ao custo marginal, minimizando custos e com lucros extraordinários nulos, o que é condição para a existência de uma situação de ótimo de Pareto” (COSTA, Achyles Barcelos da. *Organização industrial, mercados contestáveis e política pública* (mimeo). Porto Alegre: Departamento de Economia da UFRGS, 1995, p. 2, disponível on-line em: <<http://www.ufrgs.br/decon/publionline/textosdidaticos/Textodid05.pdf>>). Utilizando uma definição bastante simples, pode-se dizer que o Ótimo de Pareto é a “situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômico) sem piorar a situação de qualquer outra. O conceito foi introduzido por Vilfredo Pareto (1848-1923), e a Economia do Bem-Estar em grande medida estuda as condições nas quais um Ótimo de Pareto possa ser alcançado” (SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2001, p. 437).

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

Resumidamente, para que haja contestabilidade não pode haver discriminação de custos contra os entrantes.⁵³

Por fim, o autor ainda afirma que “um mercado de concorrência perfeita é necessariamente um mercado perfeitamente contestável, mas não vice-versa”.⁵⁴

Diante desse cenário, os agentes econômicos sentem-se ameaçados a todo o tempo, pois se não conseguirem oferecer ao mercado um produto melhor que seu concorrente – seja por ser mais barato, de melhor qualidade, com menor prazo de entrega ou outro diferencial que distinga seus produtos dos demais oferecidos no mercado – terão suas vendas reduzidas e o resultado será o prejuízo, podendo tornar o negócio inviável.

Ato reflexo, os agentes que atuam em ambiente de concorrência estão sempre investindo em novos métodos produtivos, inovações tecnológicas, melhoria da qualidade, e propaganda e *marketing*, dentre outras ações que visam a redução de custo e a melhoria de seus produtos para que se crie uma vantagem competitiva sobre os demais concorrentes.

Portanto, o ambiente de concorrência é o que promove mais benefícios aos compradores. Como bem destaca Ascarelli, “A concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo”.⁵⁵

Utilizando raciocínio inverso, pensando sob a ótica dos agentes que pretendem lesar a concorrência, Forgioni também indica os benefícios resultantes da concorrência:

Os acordos horizontais têm como pressuposto um fato inegável: a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo.⁵⁶

Esse é o raciocínio que pauta as ações dos cartéis, que trocam todos os benefícios que poderiam ser revertidos ao mercado pelo aumento extraordinário de lucros.

⁵³ BAUMOL, William J. *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. in *The american economic review* 72 (1982), pp. 3-4, tradução livre. No original: “A contestable market is one into which entry is absolutely free, and exit is absolutely costless. We use ‘freedom of entry’ in Stigler’s sense, not to mean that it is costless or easy, but that the entrant suffers no disadvantage in terms of production technique or perceived product quality relative to the incumbent, and that potential entrants find it appropriate to evaluate the profitability of entry in terms of the incumbent firms’ pre-entry prices. In short, it is a requirement of contestability that there be no cost discrimination against entrants”.

⁵⁴ Idem, ibidem, pp. 4, tradução livre. No original: “A perfectly competitive market is necessarily perfectly contestable, but not vice versa”.

⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro*, in *Ensaio e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 223.

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 396.

Portanto, o ambiente de concorrência, mais ou menos próximo da sonhada concorrência perfeita, é sempre o mais benéfico ao desenvolvimento do mercado e de seus agentes, para os fornecedores, os compradores e a sociedade.⁵⁷ O benefício para os fornecedores está no fato de terem plena liberdade para empreender e disputar os mercados pelos méritos produtivos; para os consumidores o benefício é o aumento da qualidade e variedade de produtos, bem como a redução dos preços; e para a sociedade o ganho está na melhoria do bem-estar social e desenvolvimento industrial.⁵⁸

Pode-se considerar que é virtualmente impossível a organização de um cartel em um ambiente concorrencial, mas não se pode descartar essa possibilidade em absoluto. Na prática, apesar da ínfima probabilidade, um cartel pode existir no regime de concorrência se um grande número de agentes – detentores de expressiva participação de mercado – decidirem se unir para alterar os preços.⁵⁹

2.2 – Oligopólio

O oligopólio é a estrutura de mercado marcada por poucos agentes econômicos no lado da produção. Essa pequena quantidade de fornecedores faz com que cada um deles tenha um grau de poder de mercado e todos sejam influenciados pelas decisões dos demais. Grande parte dos mercados existentes está organizada na forma de oligopólios.

Sob a ótica econômica, oligopólio é o “tipo de estrutura de mercado, nas economias capitalistas, em que poucas empresas detêm o controle da maior parcela do mercado”⁶⁰ ou “oligopólio é um mercado caracterizado por um pequeno número de firmas que percebem que são interdependentes nas suas políticas de preço e produção. O número de firmas é pequeno o suficiente para dar a cada uma delas algum poder de mercado”.⁶¹

⁵⁷ “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo” (SZTAJN, Rachel. *Law and economics*, in *RDM* 137, ano XLIV, São Paulo, Malheiros, janeiro-março/2005, p. 228).

⁵⁸ SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência – doutrina e jurisprudência*, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 29.

⁵⁹ Posner reconhece essa possibilidade como factível nos casos em que ocorra alteração do preço de custo que impacte toda a indústria – “Ainda, se as empresas coordenam explicitamente seus preços em reação a uma alteração de custo, a lei deverá tratar seu acordo como uma colusão ilegal” (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 95, tradução livre). No original: “Yet if the firms explicitly coordinated their pricing in reaction to the cost change, the Law would treat their agreement as illegal collusion”.

⁶⁰ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 2001, p. 431.

⁶¹ “An oligopoly is a market characterized by a small number of firms who realize they are interdependent in their pricing and output policies. The number of firms is small enough to give each firm some market power”

Segundo Vasconcellos e Garcia, o oligopólio consiste em um “tipo de estrutura normalmente caracterizada por um pequeno número de empresas que dominam a oferta”, podendo ser definido como o “mercado em que há um pequeno número de empresas, como a indústria automobilística, ou então em que há grande número de empresas, mas poucas dominam o mercado, como na indústria de bebidas”.⁶²

Viscusi, Vernon e Harrington Jr., por sua vez, esclarecem que o oligopólio é “um setor com um pequeno número de vendedores”, sendo que somente na prática é possível determinar quanto deve ser considerado pequeno. O critério a ser empregado nessa avaliação é se “as empresas levam em consideração as ações de seus rivais quando decidem sobre suas próprias ações. Em outras palavras, a essência do oligopólio é a reconhecida interdependência entre as firmas”.⁶³

Samuelson define oligopólio como a situação de mercado em que poucas empresas atuam e têm seus preços interligados. Por consequência, as empresas sabem da relação existente e acabam por definir seus preços em função dos preços das outras empresas.⁶⁴

Percebendo isso, um oligopolista sempre irá se comportar de acordo com as ações dos demais fornecedores⁶⁵ e poderá adotar comportamentos cooperativos ou não-cooperativos, dependendo dos resultados obtidos com suas condutas⁶⁶. Caso as ações

(tradução livre) – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, disponível on-line em: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, p. 63.

⁶² VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de economia*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99. Ressaltam os autores que “o setor produtivo brasileiro é altamente oligopolizado, sendo possível encontrar inúmeros exemplos: montadoras de veículos, setor de cosméticos, indústria de papel, indústria de bebidas, indústria química, indústria farmacêutica, dentre outras” (idem, ibidem, p. 99).

⁶³ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3ª ed. Cambridge, MIT, 2000, p. 101, tradução livre. No original: “An oligopoly is an industry with a small number of sellers. How small is small cannot be decided in theory but only in practice. Nevertheless, in principle, the criterion is whether firms take into account their rivals’ actions in deciding upon their own actions. In other words, the essence of oligopoly is *recognized interdependence* among firms”.

⁶⁴ SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. v. 2, 5ª ed., trad. port. de O. A Dias Carneiro, Ruy Lourenço Filho e Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1963, pp. 211-214.

⁶⁵ “Onde o mercado contém apenas poucos vendedores, todos eles reconhecem que são bastante interdependentes. Portanto, cada vendedor conta com as reações de seus rivais quando definem a quantidade produzida e os preços” (GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 5ª ed. St. Paul: West, 1994, p. 89, tradução livre). No original: “Where the market contains only a few sellers, all sellers recognize that they are largely interdependent. Therefore, each seller accounts for its rivals’ reactions when setting output and prices”.

⁶⁶ Segundo Alberto Xavier, as estratégias poderão ser de coexistência ou domínio, partindo de oligopólios simétricos ou assimétricos, de acordo com a estrutura do mercado e as informações disponíveis os agentes. A análise dos mercados concretos demonstra que os agentes preferem adotar estratégias que se sustentem no longo prazo ao invés de maximizarem os lucros imediatos. (XAVIER, Alberto Pinheiro. *Subsídios para uma*

sejam não-cooperativas, os agentes não estarão incentivados a agir em conjunto, apesar de tomarem decisões baseadas nas decisões dos outros; caso sejam cooperativas, poderá haver paralelismo entre as condutas, com ou sem consciência dos agentes. Havendo consciência das ações pelos agentes econômicos, estará configurado o conluio tácito (cartel implícito) ou o cartel. Todas essas situações são possíveis a partir da mesma estrutura de mercado e não resultam automaticamente de uma situação inicial específica.⁶⁷

A definição quanto às ações dos agentes serem cooperativas ou não é feita de acordo com a teoria dos jogos. Afinal, a estratégia dos agentes deve sempre levar em conta a do concorrente para obter o ponto de equilíbrio. Para fugir do ponto de equilíbrio, os agentes precisam seguir estratégias de cooperação.⁶⁸

Segundo a teoria dos jogos, os agentes econômicos adotam as estratégias que resultam no maior ganho ao final das rodadas de jogo previstas.

Baseado no jogo conhecido como o dilema do prisioneiro, pode-se pensar na seguinte situação:⁶⁹ se uma determinada empresa interage com outra que vende o mesmo produto e sabe que se reduzir o seu preço conquistará mais clientes e aumentará o seu lucro, ela adotará essa estratégia. A empresa contrária pode visualizar o mesmo cenário e tomar a mesma decisão. Contudo, essa decisão poderá ter resultados diferentes.

Caso as características do mercado facilitem o aumento da demanda total em razão da redução do preço – no caso da demanda ser altamente elástica, por exemplo – ambas as empresas conquistarão mais clientes e aumentarão seus lucros. Nesse caso, o melhor resultado individual de cada empresa (aumento das vendas em razão da diminuição do preço) também é o melhor resultado para ambas consideradas em conjunto (aumento da demanda global do mercado e das vendas de todas as empresas). Como resultado, esse mercado será marcado por condutas não-cooperativas, visto que nenhuma das empresas se arriscará a tomar uma decisão diferente que lhe seja prejudicial desde o início.

Todavia, partindo da mesma hipótese e decisões, as características do mercado podem impossibilitar o aumento da demanda total de produtos como consequência da redução de preços feita pelas empresas – em razão da demanda ser inelástica, por exemplo

lei de defesa da concorrência. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, 1970, pp. 149-150).

⁶⁷ “Não é possível admitir, como querem os estruturalistas [da escola de Harvard], que o comportamento paralelo seja regra [em mercados oligopolizados]” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 155).

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 196.

⁶⁹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, pp. 160-163.

–, e, apesar da previsão inicial de aumento de vendas, caso ambas as empresas reduzam seus preços, não aumentarão o volume de vendas. Nesse caso, a quantidade total de compradores será a mesma e não haverá incentivo para que mudem sua opção de compra, visto que os produtos são iguais e estão com o preço igualmente baixo.

Caso essas empresas interajam apenas uma vez, o resultado tenderá a ser sempre o mesmo: não-cooperativo. Mesmo que ambas ganhem menos do que é possível, não se arriscarão a aumentar o preço, pois isso poderia resultar em um lucro ainda menor.

Entretanto, caso as empresas atuem no mesmo mercado e tenham rodadas infinitas do mesmo jogo (ou seja, elas realizam suas vendas diariamente e não têm perspectiva de deixar o mercado), elas poderão testar outras soluções. Nesse sentido, pode ser que uma delas mantenha o preço alto, em alguma ocasião, esperando que a outra empresa faça o mesmo. Se ocasionalmente a outra empresa tomar a mesma decisão, as empresas obterão o maior lucro possível em conjunto. Pode ser que passem a adotar o comportamento cooperativo, configurando um conluio tácito, mas não é essa a regra.

O mais comum é que uma das empresas reduza seus preços, tentando atingir o maior lucro individual possível. Em algumas hipóteses, pode ser que atinja esse lucro, em vista da manutenção dos preços altos da outra empresa. Contudo, nesse caso a última empresa terá o menor lucro possível dentre as suas opções de decisão e tenderá a reduzir seus preços na próxima negociação.

Portanto, o equilíbrio tenderá a ser o da não-cooperação entre as empresas, pois elas sempre tentarão obter o maior lucro individual possível e, no âmbito global, conseguirão obter o lucro intermediário. Caso ambas reduzam os preços, podem obter um lucro maior individual e conjuntamente em comparação ao lucro obtido com o preço mais alto, mas elas só tomarão tal decisão se tiverem certeza da decisão contrária.

Nesse cenário, as empresas percebem que sua ação individual não gera todos os benefícios possíveis e podem considerar a prática de ações concertadas. Os oligopolistas tenderão a buscar a “cooperação mútua, porque a ação conjunta os fará produzir pouco e cobrar preço superior ao custo marginal, como se monopólio fosse”.⁷⁰ Portanto, a decisão mais racional para o empresário será a de lesar os consumidores, prejudicando o mercado.

Sendo assim, o comportamento paralelo somente será ilícito se for convencional, pois pode ser espontâneo e decorrer da estratégia economicamente mais racional para cada

⁷⁰ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 127.

um dos agentes.⁷¹ Não se pode confundir o comportamento intencional com o comportamento doloso. O ato praticado pelos cartelistas, seja doloso ou culposos, é sempre punível se enquadrado no preceito do artigo 20 da Lei nº 8.884/94. Entretanto, a intencionalidade é exigida, que é a vontade do agente praticar um ato em coordenação com os demais. O que não pode ser punida é a ação independente e totalmente isolada de um agente que por ventura possa estar em consonância com a decisão tomada por outros agentes em função do curso natural do mercado dentro da estrutura existente.

Segundo Calixto Salomão Filho, os requisitos para existência de comportamento paralelo são: “sistema de informação que permita a cada concorrente saber prontamente o comportamento do outro”; “reação imediata e injustificada dos agentes econômicos aos movimentos de aumento de preço dos seus pares”; e “o número de participantes não seja muito grande e cada um detenha uma participação no mercado relativamente alta”.⁷²

Portanto, além das características gerais de um oligopólio, todos devem ter acesso às informações sobre seus concorrentes e possibilidade de resposta à decisão da outra empresa. Vale lembrar que se o acesso à informação for muito fácil e não houver outros elementos complicadores, não há necessidade de se formar um cartel, pois basta que os agentes econômicos observem a reação dos demais e passem a tomar as decisões mais adequadas.

Vê-se que o regime de oligopólio atua como um grande facilitador para a formação de cartéis, mas não é o único determinante. Outras características precisam estar presentes, como se verá nos próximos capítulos.

Toda a análise feita se aplica integralmente, de modo inverso, aos oligopsônios. Estes são os mercados com poucos compradores, ou seja, nos quais atuam somente alguns agentes econômicos no pólo dos compradores – nesse caso, haveria um cartel de compradores.

2.3 – Monopólio

A estrutura de monopólio é aquela em que existe apenas um agente fornecedor e os compradores se sujeitam às suas condições. É uma estrutura estável e a manutenção da

⁷¹ “O ilícito é o acordo e não a semelhança de preços” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158).

⁷² Idem, ibidem, p. 157.

situação dependerá da possibilidade de entrada de novos agentes e os incentivos criados pelo próprio monopolista.

Cretella Júnior define que

monopólio (vocábulo formado de dois elementos gregos, *mono* = um só, e *pólio* = venda, comércio) é palavra técnica da linguagem de economia e do direito que significa, em sentido estrito, ‘privilégio ou prerrogativa de venda ou de indústria – ou de exploração de um serviço – por um só (indivíduo, grupo ou Estado), com exclusão dos demais’.⁷³

Na economia, monopólio é definido como a “forma de organização de mercado, nas economias capitalistas, em que uma empresa domina a oferta de determinado produto ou serviço que não tem substituto”⁷⁴ ou como “uma situação em que há um único vendedor no mercado. Na análise econômica convencional, o caso de monopólio é tomado como o pólo oposto da concorrência perfeita”.⁷⁵

Spínola e Troster esclarecem que, “no monopólio, o setor é a própria firma, porque existe um único vendedor que realiza toda a produção. Assim, a oferta da firma é a oferta do setor, e a demanda da firma é a demanda do setor”.⁷⁶ Explica Stiglitz que os economistas agrupam os mercados em que há limitações à concorrência em três amplas estruturas, sendo o monopólio, nesse sentido, a situação mais extrema na classificação, em que simplesmente inexistente a concorrência, de modo que uma única empresa supre todo o mercado.⁷⁷

Gellhorn, Kovacic e Calkins definem o monopólio como o outro lado da moeda em que está a concorrência perfeita. Nesse contexto, o monopolista reduz a produção em favor do aumento de preço e geralmente se observam os seguintes elementos presentes no mercado: um único fornecedor atende a todo o mercado, não há substitutos ao produto vendido e há barreiras substanciais à entrada de outros agentes.⁷⁸

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Monopólio* (verbete), in FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 53, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 202.

⁷⁴ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2001, p. 409.

⁷⁵ “Monopoly is a situation where there is a single seller in the market. In conventional economic analysis, the monopoly case is taken as the polar opposite of perfect competition” (tradução livre) – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, disponível on-line em: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, p. 59.

⁷⁶ SPÍNOLA, Moacyr Roberto de Pinho; TROSTER, Roberto Luis. *Estruturas de mercado*. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval. *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 182.

⁷⁷ STIGLITZ, Joseph E., *Economics*, 2ª ed., New York, Norton and Company, 1997, p. 336.

⁷⁸ GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 5ª ed. St. Paul: West, 1994, p. 73.

Não é possível a formação de cartéis nesse mercado, visto que é necessário mais de um agente econômico para que se forme um acordo. O que os cartéis sempre buscam é a condição gozada pelo monopolista, de atuar soberanamente no mercado e poder fixar os preços que maximizam ao limite seus lucros.

No caso de existir apenas um agente comprador de mercado e vários fornecedores, há um monopsônio, cujas características e funcionamento são as mesmas observadas no monopólio, mas sob a ótica dos compradores.

CAPÍTULO 3 – CARACTERÍSTICAS DE MERCADO QUE PROPICIAM O SURGIMENTO DOS CARTÉIS

Partindo da definição de que cartel é qualquer forma de acordo celebrado entre os agentes de mercado que vise e seja capaz de reproduzir no mercado relevante⁷⁹ de um determinado produto ou serviço as condições de monopólio⁸⁰, diversos são os fatores considerados decisivos para a formação dos cartéis.

Da definição, tem-se que o cartel é um acordo entre os agentes – portanto, um ato voluntário⁸¹ –, que visa produzir artificialmente a situação de monopólio no mercado. Existem características de mercado que propiciam esse comportamento, para que esse objetivo seja atingido.⁸²

⁷⁹ Mercado relevante “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 230-231). A expressão “mercado relevante” representa um anglicismo “decorrente da tradução literal da palavra *relevant*, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é o de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que mercado importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto da concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado. Destarte, o mercado relevante é aquele que se compõe de produtos concorrentes” (BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997, p. 80).

O conceito de mercado relevante tem por finalidade “a definição do espaço geográfico no qual a concorrência se estabelece”, sendo delimitado em função do produto (“pois cada bem ou serviço concorre apenas com espécimes com as quais guardem alguma similaridade e pelos quais possam ser substituídos”) e do espaço físico considerado (“porque apenas podem concorrer produtos dentro de um espaço geográfico ao qual tenham acesso os consumidores ou clientes”) (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 28-29).

De modo ainda mais técnico, a SDE e a SEAE propõem a seguinte definição de mercado relevante: “O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica, necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços” Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, p. 9).

Portanto, o conceito de mercado relevante é central no direito concorrencial brasileiro e essa linguagem é adotada pela Lei nº 8.884/94. Conforme instrução do próprio CADE, “a definição de mercado relevante é de vital importância para análise dos casos que chegam ao Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência. (...) Para se caracterizar a possibilidade de exercício de poder de mercado, primeiramente é necessário que se defina qual mercado relevante é afetado por um ato de concentração ou por uma conduta, para em seguida inferirmos se neste mercado existe possibilidade de exercício abusivo desse poder” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil, 3ª ed., São Paulo, CIEE, 2007, pp. 23-24).

⁸⁰ Para maiores detalhes sobre a definição de cartel, vide capítulo 4.

⁸¹ “O comportamento deve ser paralelo e intencional (no sentido de não acidental)” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 155).

⁸² “É necessário um objetivo anti-concorrencial e é fundamental que esse objetivo seja realizável” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Apontamentos para Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéis. In:

Duas características que facilitam muito a formação de cartéis são: o mercado oligopolizado e uma estrutura que torna necessária a cooperação entre os agentes para que eles aumentem seus lucros. Nas estruturas de mercado em que os agentes já atingem o seu melhor resultado sem cooperar com as demais, não há necessidade de se arriscarem a formar um cartel.

Além disso, outros elementos precisam estar presentes para que possa ser reproduzida a situação de monopólio no mercado. Ao se analisar a doutrina, verifica-se que a lista de características do mercado que são indispensáveis para a formação de cartéis é extensa.

Paula Forgioni, apoiada em alguns outros autores, entre eles Richard Posner, considera que os seguintes elementos tornam o mercado predisposto à formação de um cartel:⁸³ (i) pequeno número de agentes no mercado relevante; (ii) homogeneidade do produto; (iii) baixa elasticidade da procura em relação ao preço; (iv) existência de barreiras à entrada; (v) mercado em retração (crise); e (vi) mercados mais concentrados. Os mesmos elementos estão dentre os indicados pela SDE,⁸⁴ além da existência de interação entre os agentes, que este órgão considera um grande facilitador para a formação do conluio.

No mesmo sentido, Ruy Santacruz, apoiado na doutrina especializada, considera que as empresas envolvidas no cartel precisam deter poder de mercado para que ele seja eficaz, além de existirem as seguintes condições:⁸⁵ (i) pequeno número de empresas; (ii) produto razoavelmente homogêneo; (iii) elevadas barreiras à entrada; (iv) baixo custo de monitoramento do cartel; (v) ausência de estímulos à deserção; (vi) estruturas de custos semelhantes; (vii) tecnologia de produção madura; (viii) estabilidade nas participações de mercado; e (ix) regras que garantam a distribuição equitativa dos benefícios obtidos.

Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, vol. 121, ano XL, São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2001, p. 25).

⁸³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 406-408.

⁸⁴ DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a Cartéis em Licitações: Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*, Brasília, Publicação Oficial, 2008, pp. 13-14 e DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a cartéis em sindicatos e associações*, Brasília, Publicação Oficial, 2009, p. 23.

⁸⁵ SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In: MATOS, César (Coord.). *A Revolução do Antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 418-419 e 423.

Neide Teresinha Malard também reconhece que a alta concentração do mercado é indispensável e grande incentivadora para o surgimento de cartéis.⁸⁶ A autora também concorda que o número de empresas deve ser baixo – pois os cartéis com mais de dez membros têm a operação bastante dificultada – e as estruturas de preços devem ser semelhantes, ou haverá tamanha dificuldade na tomada de decisões que o cartel será muito pouco eficiente.⁸⁷⁻⁸⁸

Para Rodas e Gesner, os seguintes fatores tornam provável a ocorrência dos cartéis:⁸⁹ (i) pequeno número de empresas no mercado relevante (elevado grau de concentração da produção); (ii) homogeneidade do produto; (iii) tecnologia e estrutura de custos estáveis (geralmente decorrentes de fases mais maduras do ciclo produtivo); (iv) condições de demanda estáveis; (v) inelasticidade da demanda (poder de mercado); (vi) restrições verticais; (vii) circunstâncias que levem ao aprendizado da política de preços entre os concorrentes (ocorrência de licitações frequentes ou outras situações); e (viii) elevadas barreiras à entrada.

E segundo a Organização para o desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE), as características seriam as seguintes:⁹⁰ (i) poucas empresas ou poucas empresas grandes; (ii) empresas parecidas quanto a estrutura de custos, processos, objetivos, nível de integração vertical ou linha de produtos; (iii) produto homogêneo; (iv) inexistência de substitutos semelhantes; (v) demanda inelástica; (vi) informações sobre as transações de venda amplamente disponíveis; e (vii) existência de licitações.

Na doutrina estrangeira, também podemos encontrar a exigência por características quase que idênticas, tal como indica Hovenkamp:⁹¹ (i) existência de altas barreiras à entrada; (ii) grande participação de mercado detida pelos membros do cartel e inviabilidade para que as empresas não-participantes expandam sua produção rapidamente; (iii) possibilidade de acordo sobre a quantidade produzida; (iv) possibilidade de detecção das traições; (v) possibilidade de punição efetiva das traições; e (vi) possibilidade de

⁸⁶ MALARD, Neide Teresinha. *O cartel*. In: *Revista de Direito Econômico*, vol. 21, Brasília, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995, pp. 36-38.

⁸⁷ Idem, ibidem, pp. 38-41.

⁸⁸ No mesmo sentido: ASCH, Peter; SENECA, Joseph J. Characteristics of Colusive Firms, *The Journal of Industrial Economics*, vol. 23, nº 03, mar. 1975, pp. 223-237.

⁸⁹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, pp. 42-43.

⁹⁰ BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência* (trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame). São Paulo: Singular, 2003, pp. 77-78.

⁹¹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, pp. 144-153.

executar todas as tarefas sem ser detectado pelas autoridades. Para o autor, um cartel perfeito seria aquele que tivesse poucos membros, detivesse toda a produção do mercado e os membros tivessem o mesmo tamanho, mesmo grau de eficiência e seus produtos fossem idênticos.

De modo mais amplo, Greer e Fraas⁹² elencam doze características que interferem positiva ou negativamente na formação dos cartéis, dependendo da forma como se apresentam, a partir do estudo de 606 casos selecionados dentre os casos iniciados pelo Departamento de Justiça Americano entre os anos de 1910 e 1972: (i) número de empresas envolvidas; (ii) envolvimento de associações ou órgãos de classe; (iii) atuação internacional; (iv) atuação em licitações; (v) inclusão das taxas de entrega e frete no preço; (vi) existência de patentes; (vii) fixação de preços para revenda; (viii) divisão de território ou alocação de clientes, fixação de quotas de produção e divisão do lucro; (ix) exclusividade de vendas; (x) discriminação de preços; (xi) práticas coercitivas ou disciplinares e práticas exclusionárias; e (xii) uniformização dos produtos e das condições de venda.

Todas as características descritas pelos diversos autores são necessárias, de modo direto ou indireto, para permitir a formação de um cartel no mercado ou incentivar a sua constituição. Estudo realizado sobre o Cartel das Pedras Britadas, considerando a decisão proferida pelo CADE e todos os dados disponíveis nos autos, indicou as características indicadas na tabela abaixo como presentes naquele mercado e o seu grau de importância para a facilitação da formação do cartel.⁹³

CARACTERÍSTICAS DO MERCADO FACILITADORAS DO CARTEL	GRAU DE FACILITAÇÃO
Elasticidade da demanda Estoque e excesso de capacidade Barreiras à entrada	BAIXO
Concentração do mercado Ligação entre competidores Poder do comprador Simetria Informalidade	MÉDIO

⁹² FRAAS, Arthur G.; GREER, Douglas F. *Market Structure and Price Collusion: An Empirical Analysis*, *The Journal of Industrial Economics*, vol. 26, nº 1, set. 1977, pp. 25-28.

⁹³ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de; MACHADO, Eduardo Luiz; OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas. *Avaliação de cartéis: o caso das pedras britadas*. In: MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil 2 – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008, pp. 371-372.

Regularidade de pedidos Evolução da demanda Homogeneidade do produto Contato multimercado	ALTO
--	------

As características arroladas podem ser divididas em grupos, de acordo com o seu aproveitamento. Algumas são importantes para que o cartel funcione bem, uma vez estabelecido – tais como a possibilidade de punição dos traidores e a existência de regras rígidas para tal punição –, mas não são essenciais para sua constituição. Outras podem ser muito úteis para incentivar a formação do cartel, propiciando um ambiente seguro para sua existência – tais como a comunicabilidade constante entre os agentes (seja por meio da existência de uma associação ou pela existência de licitações regulares no mercado), estrutura de produção idêntica entre os fornecedores e capacidade ociosa –, mas também não são características que definem a existência do cartel, sem as quais ele não poderia ser formado, mesmo que de maneira menos eficiente.

Em geral, as características que realmente inviabilizam a formação dos cartéis quando ausentes são: (i) estrutura oligopolizada; (ii) possibilidade do exercício do poder econômico; (iii) altas barreiras à entrada; (iv) disponibilidade de informações; (v) demanda próxima à inelástica; (vi) produto minimamente homogêneo; (vii) estruturas de produção e preços similares entre os agentes econômicos; e (viii) circunstâncias que possibilitem o sistema de compensações. A maioria deles deve estar presente para que o cartel seja possível. Pode haver maior ou menor importância das características de acordo com o mercado estudado, conforme demonstra a tabela anterior, bem como a outras que aparentemente seriam novas características, mas que estão abrangidas pelas acima citadas – tal como possuir grande participação de mercado, que é um dos elementos considerados para se definir a possibilidade de exercício do poder de mercado.

Não se pode esquecer que os pressupostos para a existência de cartéis são sempre ambíguos, pois servem tanto para demonstrar a existência do acordo ilegal (visto que podem viabilizar práticas lícitas), tal como o paralelismo consciente das empresas. Nesse sentido, Jesse Markham⁹⁴ destaca que a alta concentração do mercado (baixo número de agentes econômicos), homogeneidade do produto, demanda inelástica e estrutura de custos similar possibilitam a adoção de comportamento paralelo pelos agentes econômicos em resposta ao aumento de preço por uma empresa líder sem que haja um acordo entre elas, se

⁹⁴ MARKHAM, Jesse W. *The nature and significance of price leadership*. In: *American economic review* vol. 41, n. 05, dezembro de 1951, pp. 901-903.

a empresa líder fixar o preço em um nível que restrinja as tentativas de entrada de outros agentes – caso o preço seja excessivamente alto, outras empresas poderão ser atraídas.⁹⁵

Portanto, mesmo que as características identificadas estejam presentes em um mercado, isso não significa que existe um cartel. A análise deve ser feita caso a caso e a presença das características necessárias apenas torna o cartel viável, mas não comprova sua existência.⁹⁶ Contudo, podem ser tomados como indícios de sua existência e chamar a atenção das autoridades para iniciar as investigações.

3.1 – Estrutura oligopolizada

Conforme se viu no item 2.2, um mercado que possui estrutura oligopolizada é aquele formado por poucos agentes econômicos no lado da produção, fato que resulta em um maior grau de poder econômico para cada um dos agentes e na conseqüente influência na tomada de decisão de cada um deles.

A pequena quantidade de agentes é característica que beneficia muito a formação de um cartel. Primeiro, sob o ponto de vista prático, porque em qualquer grupo de decisões ou órgão colegiado, quanto menor a quantidade de membros, mais facilmente as deliberações são tomadas e menores são as chances de conflito e desagregação dos membros. Assim, quanto menor for a quantidade de agentes no mercado, menos precisarão compor o cartel. Estudos comprovam que dificilmente um cartel terá sucesso se os seus membros detiverem conjuntamente participações de mercado que somem menos de 70%.⁹⁷ Assim, quanto maior o número de agentes no mercado, maior a probabilidade do cartel precisar ter mais membros; e quanto maior o número de membros de um cartel, menor a chance de seu sucesso.⁹⁸ As possibilidades de sucesso de um cartel aumentam quanto

⁹⁵ Cf., no mesmo sentido, ASCH, Peter; SENECA, Joseph J. *Characteristics of colusive firms*. In: *The journal of industrial economics*, vol. 23, n. 03, mar. 1975, pp. 224-225.

⁹⁶ “Cuando las pruebas de un caso sólo establecen la existencia de una situación de liderazgo de precios, no se considerará que el líder o sus seguidores han violado las leyes antitrust. Naturalmente, y sobre otros fundamentos, será posible probar que el dominio del líder resulta de la monopolización, en cuyo caso es factible iniciar un juicio conforme al Título 2 de la Ley Sherman” (NEALE, A. D. *El contenido político de la legislación antitrust*. In: HUNTER, Alex (Coord.). *Monopolio y competencia: textos escogidos*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 193).

⁹⁷ Cf. CONNOR, John M. *Global price fixing*. 2ª ed. Nova York: Springer, 2007, pp. 34-5.

⁹⁸ “A resposta de outros vendedores será irrelevante se todos os vendedores do mercado pertencerem ao cartel. Mas quanto maior a quantidade de membros de um cartel, menor a probabilidade do cartel se manter unido, especialmente quando a cartelização é contrária à lei. Os custos de transação serão mais altos, os conflitos potenciais de interesse serão maiores, o desejo de trapacear maior, e o risco de detecção pelo governo maior” (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 63, tradução livre). No original: “The response of others sellers would be irrelevant if all the sellers in the market

menor a quantidade absoluta de membros e maior a quantidade relativa de membros dentre os agentes econômicos participantes do mercado.

Segundo, porque a pequena quantidade de agentes econômicos aumenta a concentração e a participação de mercado de cada um deles, propiciando o exercício de poder de mercado, como se verá no item 3.2.

O grau de concentração de mercado pode ser medido utilizando algumas técnicas. Em geral, utiliza-se o cálculo baseado no C4 (concentração das 4 maiores empresas do mercado) ou no HHI (Herfindahl-Hirschman Index – Índice de Herfindahl-Hirschman). O primeiro realiza a soma das participações de mercado dos 4 agentes que detêm maior participação e verifica qual a porcentagem atingida. Caso o resultado seja igual ou superior a 75% do mercado relevante, considera-se que há probabilidade de coordenação entre os agentes, ou seja, formação de cartel.⁹⁹ Essa também é a visão das autoridades brasileiras,¹⁰⁰ que prevêem tal apreciação para os casos de análises de operações de fusão, aquisição ou outras formas de concentração do mercado – contudo, o mesmo critério é válido para estudar a possibilidade de prática de condutas anti-concorrenciais em mercados cuja estrutura já está definida e há concentração entre os agentes.

O cálculo do HHI é feito pela soma dos quadrados das participações de mercado de todos os agentes econômicos.¹⁰¹ Assim, o valor máximo do índice é 10.000, equivalente à situação de monopólio em que uma empresa deteria 100% da participação de mercado. Contudo, mesmo se o resultado for de 5.000 pontos, a concentração já será bastante grande, pois refletirá a situação de duopólio em que cada uma das duas empresas detém 50% do mercado.

Para os padrões norte-americanos, considera-se que o mercado já é altamente concentrado e altamente susceptível à formação de conluio entre os agentes se o resultado ultrapassar os 1.800 pontos, sendo que se o índice variar entre 1.000 e 1.800 pontos, considera-se que o mercado é moderadamente concentrado e há alguma chance de

belonged to the cartel. But the larger a cartel's membership the less likely the cartel is to hold together, especially when cartelization is unlawful. Transaction costs will be higher, potential conflicts of interest greater, the temptation to cheat greater, and the risk of detection by the government greater".

⁹⁹ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, pp. 69-70.

¹⁰⁰ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal – estabelecido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, pp. 10-11.

¹⁰¹ POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago, 2001, pp. 69-70.

coordenação.¹⁰² Esses valores também são utilizados no Brasil como referências para verificação do grau de concentração do mercado.

Portanto, a estrutura oligopolizada é um elemento que catalisa a formação de cartéis, principalmente se esses poucos agentes econômicos existentes estiverem distribuídos no mercado de forma a aumentar a concentração de suas participações.

A situação de oligopólio, no entanto, é um tipo de estrutura de mercado que se forma de maneira lícita e natural, de acordo com a sua própria dinâmica. A existência de cartel não pode ser presumida nem considerada como uma produção espontânea e indispensável de um mercado oligopolizado.

A pequena quantidade de agentes no mercado, sejam eles mais ou menos concentrados, apenas viabiliza e incentiva a formação de acordos, os quais não seriam possíveis em um mercado atomizado.¹⁰³⁻¹⁰⁴ Contudo, a mera existência do oligopólio não prova nada.

3.2 – Possibilidade do exercício do poder econômico

Confirmada a existência de uma estrutura oligopolizada, faz-se necessário confirmar que os agentes podem exercer o seu poder econômico. Em verdade, o oligopólio e o poder econômico são conceitos distintos e não podem se confundir. Enquanto o

¹⁰² *Horizontal Merger Guidelines, The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice*, 1992 (rev. 1997), pp. 14-15, disponível em: <http://www.ftc.gov/bc/docs/hmg080617.pdf>.

¹⁰³ Segundo Rossetti, no mercado atomizado verifica-se “um número elevado de produtores e consumidores, de tal sorte que nenhum deles tenha condições de influenciar o equilíbrio do mercado” (ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 400). No mesmo sentido, Vasconcellos e Garcia definem mercado atomizado como aquele “composto de grande número de empresas, como se fossem ‘átomos’”, sendo essa uma das características da chamada concorrência pura (ou perfeita), isto é, do “tipo de mercado em que há grande número de vendedores (empresas), de tal sorte que uma empresa, isoladamente, não afeta a oferta do mercado nem, conseqüentemente, o preço de equilíbrio” (VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de economia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96).

¹⁰⁴ “Estas muitas firmas, das quais nenhuma ou poucas detêm uma participação considerável da produção do setor, supostamente atuam independentemente. Isso pode ser visto como uma segunda condição para a concorrência perfeita, ou como um corolário inevitável de uma grande quantidade na ausência de controle legal sobre o mercado. Por isso é fato que há dificuldades insuperáveis para organizar uma combinação efetiva entre muitas pessoas, quando é lucrativo para cada uma das pessoas secretamente deixar o acordo (tal como geralmente é o caso na vida econômica)” (STIGLER, George J. *The organization of industry*. Chicago: University of Chicago, 1983, p. 6, tradução livre). No original: “These many firms, no one or few of which account for an appreciable share of the industry’s output, are assumed to act independently. This can be viewed as a second condition for perfect competition, or as an inevitable corollary of the large numbers in the absence of legal controls over the industry. For it is a fact that there are insuperable difficulties in organizing an effective combination of many persons, when it is profitable for each person secretly to depart from the agreement (as is generally the case in economic life)”.

primeiro é uma situação que decorre da estrutura de mercado,¹⁰⁵ o poder econômico é uma capacidade vinculada diretamente ao agente econômico, que pode existir em qualquer estrutura de mercado.¹⁰⁶

Inúmeras definições podem ser encontradas para o poder econômico, tanto sob o enfoque jurídico como sob o econômico. Fábio Nusdeo define poder econômico como a “capacidade de alguém – pessoa ou entidade – poder tomar decisões descondicionadamente em relação aos padrões de um mercado concorrencial, decisões às quais alguns – poucos ou muitos – terão de submeter-se”.¹⁰⁷

Sérgio Bruna define poder econômico como “a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro”,¹⁰⁸ raciocínio que se aproxima do pensamento de Paula Forgioni:

O poder econômico implica sujeição (seja dos concorrentes, seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos.¹⁰⁹

Amparada em Max Weber e Gérard Farjat, Isabel Vaz afirma que o poder econômico é

resultante da concentração de forças econômicas privadas e capaz, segundo a expressão weberiana, de impor sua própria vontade ao comportamento de outras pessoas. [...] Para o professor Farjat, ‘o poder econômico consiste na possibilidade de impor sua vontade a pessoas juridicamente autônomas’.¹¹⁰

Ainda, Modesto Carvalhosa define o poder econômico como a

capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado.

¹⁰⁵ Vide item 2.2.

¹⁰⁶ No caso do monopólio, certamente o agente econômico deterá poder econômico e terá capacidade de exercê-lo, posto ser ele o único que atua no mercado. No caso dos oligopólios e da concorrência o poder econômico poderá estar presente ou não, dependendo da interação dos agentes e suas características particulares.

¹⁰⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 277.

¹⁰⁸ BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício*. São Paulo: RT, 2001, pp. 104-105.

¹⁰⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 271.

¹¹⁰ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 93.

Titular de poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado.¹¹¹

Ressalte-se a diferenciação feita por Calixto Salomão entre o poder de mercado e a manifestação daquele neste, ao definir a manifestação do poder no mercado como “a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade”.¹¹² O autor considera que o poder econômico não pode ser definido, sendo apenas possível identificar as condições que são necessárias para sua manifestação,¹¹³ assim, o conceito acima transcrito se refere a como se dá a manifestação do poder econômico no mercado.

Existem ainda outros autores que se dedicam a separar cada um dos conceitos relacionados ao direito econômico, tais como Fagundes, Pondé e Possas, que consideram o poder econômico como um conceito muito mais abrangente que o poder de mercado, o qual seria apenas uma parte do primeiro e é por eles definido como a “capacidade de fixar preços acima dos custos marginais e unitários, absorvendo lucros acima do normal”,¹¹⁴ adotando a linha Schumpeteriana.¹¹⁵ Mário Possas também define o poder de mercado como o “poder de fixação discricionária de preços num dado mercado”,¹¹⁶ sob influência da tradição da organização industrial.

Tais definições de poder de mercado se alinham com o conceito de exercício de poder de mercado trazido pelos guias brasileiro¹¹⁷ e norte-americano¹¹⁸ para análise de atos de concentração realizados entre agentes de mercado.

¹¹¹ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício*. São Paulo: RT, 2001, p. 103.

¹¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83.

¹¹³ Idem, ibidem, p. 82.

¹¹⁴ POSSAS, Mario Luiz et al. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 18.

¹¹⁵ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova York: Harper Perennial, 1976.

¹¹⁶ POSSAS, Mario Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 84.

¹¹⁷ “O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros” (Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal – estabelecido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, p. 4).

¹¹⁸ “Poder de mercado para um vendedor é a habilidade lucrativa de manter os preços acima do nível competitivo por um período de tempo significativo. [Nota de rodapé: Vendedores que detêm poder de mercado também podem lesionar a concorrência em outras dimensões além do preço, tais como a qualidade

Nesse sentido, o poder exercido pelo agente econômico vai muito além do simples aumento de preços, podendo ser até o poder de reduzi-los ou interferir nas demais condições de produção e/ou venda.¹¹⁹

Ignorando-se as inúmeras distinções de nomenclatura existentes e algumas distinções mais minuciosas de conceitos, pode-se considerar que o poder econômico é a capacidade de um agente econômico tomar suas decisões de maneira autônoma e influenciar as decisões dos demais agentes.¹²⁰

Essa capacidade do agente econômico de tomar suas decisões livremente e influenciar as decisões dos demais é medida em função da própria estrutura de mercado. Em verdade, a capacidade de um agente econômico de tomar suas decisões livremente e influenciar as decisões dos demais somente pode ser verificada em um mercado determinado e, portanto, o conceito de poder econômico não designa um poder genérico exercido pelo agente sobre toda a economia. Assim, as expressões poder econômico e poder de mercado podem ser consideradas sinônimas.

Visando auxiliar na visualização desse conceito, pode-se comparar o poder econômico com a energia elétrica:¹²¹ o poder econômico detido por um agente monopolista no mercado monopolizado é como a potência de energia detida por uma tomada da rede elétrica de um imóvel. Mesmo enquanto o monopolista não decide aumentar os preços de seus produtos e nenhum equipamento é ligado à tomada, tanto o poder quanto a energia estão presentes.

do produto, serviço, ou inovação] (...) O poder de Mercado também inclui a habilidade de um único comprador (um ‘monopsonalista’), um grupo coordenado de compradores, ou um comprador isolado, não um monopsonalista, de reduzir o preço pago por um produto a um nível abaixo do preço competitivo e, através disso, diminuir a produção” (*Horizontal Merger Guidelines, The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice*, 1992 (rev. 1997), p. 2, disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/docs/hmg080617.pdf>> – tradução livre de: “Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time. [Footnote: Sellers with market power also may lessen competition on dimensions other than price, such as product quality, service, or innovation] (...)Market power also encompasses the ability of a single buyer (a “monopsonist”), a coordinating – group of buyers, or a single buyer, not a monopsonist, to depress the price paid for a product to a level that is below the competitive price and thereby depress output”).

¹¹⁹ No mesmo sentido, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 82-83.

¹²⁰ As palavras “autônoma” e “influenciar” contidas nessa definição não podem passar despercebidas. Aquele que detém o poder não é apenas quem decide, mas quem decide de maneira autônoma, independente de qualquer outra vontade. Mesmo os que não detêm o poder têm capacidade para tomar decisões, mas estarão sendo influenciadas pelo agente detentor do poder. Assim, a importância do poder não está na decisão em si, mas sim no binômio autonomia-influência.

¹²¹ Assim como já fizera Bertrand Russell, ao equiparar a importância de ambos os conceitos, respectivamente, para a ciência jurídica e para a física (RUSSELL, Bertrand. *O poder: uma nova análise social*, trad. port. de Brenno Silveira, São Paulo: Nacional, 1957, p. 4), e Calixto Salomão Filho, ao tratar da manifestação do poder econômico (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82).

Assim, apesar de a definição provir da prática, ela existe e, aliás, ambos são definidos como a capacidade de fazer algo: o poder econômico é a capacidade de um agente econômico tomar suas decisões de maneira independente dos demais agentes e influenciar as decisões dos demais; e a energia é a capacidade de realizar trabalho, no caso da energia elétrica, ela se transforma em energia térmica, mecânica ou luminosa, que realizam o trabalho.¹²²

José Afonso da Silva¹²³ e Tercio Sampaio Ferraz¹²⁴ também reconhecem a proximidade entre os conceitos, posto que tal como a energia, o poder econômico é uma capacidade que seu titular tem para realizar algo e no momento em que esse poder se manifesta, ele já está sendo exercido. Impossível prever uma situação em que o titular do poder econômico manifeste seu poder sem exercê-lo, pois o próprio ato de manifestação já caracteriza uma decisão que influencia as decisões dos outros agentes do mercado.¹²⁵

Portanto, o exercício do poder econômico será possível sempre que existente.

Nas estruturas oligopolizadas o poder econômico é detido por alguns agentes em conjunto, ao contrário do que ocorre no monopólio, situação em que um só agente determina isoladamente a forma de agir e como exercer o seu poder econômico.

O cálculo do poder econômico pode ser feito por diversas fórmulas que utilizam como variáveis a participação de mercado do agente, o custo médio de produção, a variação de preço do produto e a elasticidade da demanda, elementos esses que pressupõem a análise de outras tantas informações, tais como a quantidade de vendas, o faturamento do setor, a taxa de inovação e a existência de barreiras à entrada.¹²⁶

¹²² DELL' ARCIPRETE, Nicolangelo; GRANADO, Néelson Vilhena. *Física: 2º grau*, v. 1. São Paulo: Ática, 1977, pp. 186-187.

¹²³ “Tal é o poder inerente ao grupo [poder político], que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 111).

¹²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Poder econômico e gestão orgânica*. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Orgs.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009, pp. 16-27.

¹²⁵ Cf. CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000.

¹²⁶ Sobre o cálculo do poder de mercado, cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, pp. 157-60. V. também GEROSKI, Paul; GRIFFITHS, Rachel. *Identifying antitrust markets*. In: NEUMANN, Manfred; WEIGAND, Jürgen (Eds.). *The international handbook of competition*. Northampton: Edward Elgar, 2004, pp. 290-305; e CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Nova York: Irwin McGraw-Hill, 2000, pp. 423-56.

Visando eliminar esse enorme esforço, para análise jurídica pode-se considerar o poder econômico como equivalente à participação de mercado de um determinado agente. Assim, quanto maior a sua participação de mercado, maior será a sua fração de poder.¹²⁷

Nos oligopólios, o exercício do poder econômico é repartido entre os agentes dominantes (que detêm conjuntamente toda ou quase que a totalidade da participação do mercado) tal como ocorre em uma companhia na qual vigore um acordo de acionistas.¹²⁸ Assim, os agentes dominantes praticam determinado ato em conjunto, consciente ou inconscientemente. Neste caso, o mercado estará funcionando livre e normalmente, naquele, haverá um conluio e, em sendo expresso, estará configurado um cartel.

Sob a hipótese de funcionamento normal do mercado, o exercício conjunto do poder econômico se explica do seguinte modo: se um dos agentes oligopolistas decide aumentar os preços e os demais, autonomamente, também aumentam seus preços, tem-se uma situação análoga à de um consenso de um órgão colegiado, pois cada um dos agentes detém parte do poder econômico e, portanto, pode tomar sua decisão independentemente, inclusive contrariando a decisão do primeiro agente. Contudo, todos resolvem seguir esse agente que se comporta como um líder sobre os demais.

Isto é, apesar de as decisões dos agentes econômicos nesse cenário serem independentes, elas são interdependentes e tendem a seguir o agente que aumenta os preços primeiro, assumindo uma posição de liderança no mercado. Portanto, apesar de todos serem livres em suas decisões, sempre seguirão aquele que der primeiro o sinal ao mercado e unificarão o poder econômico, exercido de modo conjunto.

Caso os demais agentes tomem decisões diferentes daquela esboçada pelo primeiro, haverá uma acomodação natural do mercado após a decisão de todos os agentes oligopolistas, que acabará por ser seguida pelos “oligopolistas dissidentes” e pelos demais agentes que sequer detenham poder econômico (franja competitiva¹²⁹). Nesse caso, tem-se

¹²⁷ A legislação brasileira considera, por presunção, que a participação de 20% do mercado relevante é suficiente para configurar o poder de mercado do agente, tanto que inclui esse critério para notificação dos atos de concentração, nos termos do artigo 54, § 3º da Lei nº 8.884/94.

¹²⁸ Os acordos de acionistas geralmente são celebrados pelos acionistas majoritários para que possam votar em bloco e tomar uma decisão conjunta sobre determinados assuntos. Assim, cria-se um microcosmo à parte da Assembléia Geral da companhia em que os acionistas majoritários têm o poder equiparado entre si, deliberando em equilíbrio sobre os assuntos tratados. Tais deliberações podem ser tomadas por consenso ou maioria de votos, mas depois são apresentadas como uma decisão una. Esse bloco que apresenta decisões unificadas perante a Assembléia Geral torna ineficiente o voto de todos os demais, que poderiam juntos afrontar um ou alguns dos majoritários, mas não todos estes unidos.

¹²⁹ A franja competitiva é o grupo de pequenos agentes de mercado que não detêm poder econômico isoladamente, mas em conjunto conseguem exercer pressão sobre o preço do produto no mercado relevante e minar as ações do(s) agente(s) dominante(s). (CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization*: a

uma situação análoga à decisão por maioria de votos, na qual os agentes perdedores precisam seguir a vontade da maioria, mesmo que tenham vontades diferentes, bem como aqueles que não participam das decisões.

No caso de um comportamento consciente dos oligopolistas, há duas hipóteses: conluio tácito ou cartel. No conluio tácito, os agentes sabem que seus atos serão seguidos ou não pelos demais agentes e configuram suas decisões em função disso.¹³⁰ Apesar de não parecer uma situação correta, essa é uma prática normal do mercado, pois os agentes lícitamente utilizam as informações disponíveis e técnicas de comportamento estratégico para tomar suas decisões.¹³¹ Apenas poderá haver uma irregularidade se algum dos agentes detentores do poder econômico (o monopolista ou os vários oligopolistas) passarem a adotar medidas que possam ser consideradas abuso de exercício do poder econômico, tais como práticas que visem excluir os demais agentes do mercado ou impedir a entrada de outros novos. Caso contrário, atos que visem apenas a maximização do lucro e não configurem nenhum abuso são permitidos e certamente são objetivados por todos os agentes – essa será uma situação facilitada pela própria estrutura do mercado e os agentes não podem ser repreendidos por isso.

strategic approach. Boston: McGraw-Hill, 2000, p. 125). O conceito de franja competitiva relaciona-se à teoria da firma dominante: “Um setor econômico com uma empresa dominante é frequentemente oligopolizado, verificando-se um pequeno número de empresas. Configura-se, contudo, um oligopólio assimétrico, pois as empresas não são do mesmo porte. Normalmente, a empresa dominante enfrenta determinado número de pequenos concorrentes, referidos como franja competitiva” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, disponível on-line em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>, p. 38, tradução livre. No original: “An industry with a dominant firm is often an oligopoly in that there are a small number of firms. However, it is an asymmetric oligopoly because the firms are not of equal size. Normally, the dominant firm faces a number of small competitors, referred to as competitive fringe”). Importante notar que a franja competitiva não pode ser muito grande. Caso isso aconteça, ela pode exercer pressão suficiente para anular o poder econômico detido pelos demais agentes. Quanto menor a franja competitiva (tendendo à inexistência), mais facilmente será exercido o poder de mercado e maior será a probabilidade de surgimento de cartéis e a lucratividade de seus membros com essa atividade (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 63-64 e 70-71).

¹³⁰ “Em tais casos a própria estrutura de mercado produz um ‘consenso’ sobre como cada firma pode maximizar seu próprio lucro participando tacitamente na estratégia de maximizar o lucro conjunto do grupo”. Tradução livre de: “In such cases the market structure itself produces a ‘consensus’ about how each firm can maximize its own profits by tacitly participating in a strategy to maximize the joint profits of the group” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, p. 165).

¹³¹ “Acordos de cartel explícitos são referidos como ‘colusão expressa’, enquanto o comportamento oligopolístico interdependente é chamado ‘colusão tácita’. Esse termo é usado para chamar a atenção para o fato de que há um certo ‘encontro de mentes’ dos competidores em ao menos alguns mercados oligopolizados, mesmo que as firmas não se comuniquem formalmente entre si”. Tradução livre de: “explicit cartel agreements are referred to as ‘express collusion’, while oligopolistic, interdependent behavior is called ‘tacit collusion’. This term is designed to draw attention to the fact that there is a certain ‘meeting of minds’ of competitors in at least some oligopolistic markets, even though the firms do not formally communicate with each other” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, p. 166).

Sob a hipótese de cartel, os agentes estarão agindo concertadamente e não mais estarão utilizando apenas as informações e instrumentos disponíveis no mercado para todos, mas sim burlando a ordem natural do mercado.

Dado que sempre que exista o poder econômico é possível o seu exercício, tem-se que os mercados oligopolizados são os mais propícios ao surgimento de cartéis. Nos mercados monopolizados, um agente exerce o poder econômico isoladamente e sequer existem outros agentes com quem possa se aliar. Nos mercados concorrenciais, o poder econômico não existe, pois nenhum agente é capaz de tomar suas decisões de maneira autônoma e influenciar as decisões dos demais agentes. Seria necessário que diversos agentes se unissem para formar um grande cartel a ponto de passar a existir um poder econômico. Contudo, a possibilidade de exercício desse poder sucederia a formação do próprio cartel, pois ele inexistia em momento anterior.

Já nos mercados oligopolizados, conforme demonstrado, os agentes são capazes de tomar decisões isoladas e essas influenciam os demais. Ao mesmo tempo, as decisões dos demais agentes influenciam reflexamente as primeiras decisões tomadas de forma a atingir um resultado unificado como se fosse uma decisão em bloco. A diferença é que no funcionamento normal do mercado todos os agentes estimam os atos futuros dos demais para tomar suas decisões, enquanto que sob a égide de um cartel, a decisão é efetivamente tomada em bloco.

A mera existência de poder econômico ou mesmo o seu exercício¹³² não comprovam o funcionamento de um cartel,¹³³ mas é uma das condições necessárias para sua existência.

¹³² O exercício do poder econômico pode ser feito de modo regular ou abusivamente, sendo que em ambas as hipóteses o seu uso pode ser feito por um cartel ou individualmente pelos agentes. Enquanto o exercício autônomo do poder econômico somente é proibido pela Lei nº 8.884/94 no caso de abuso, o exercício desse poder por um cartel é vedado em qualquer hipótese, em razão da existência do cartel, não do exercício do poder econômico.

¹³³ “Os elementos confirmados isoladamente também dificilmente provarão alguma coisa. Mesmo a comprovação da existência de poder de mercado não é suficiente para sustentar a existência dessa condição para a ocorrência de cartel, pois não basta sua existência, o poder econômico deve estar sendo exercido” (VASCONCELOS, Silvinha P.; RAMOS, Francisco S. In: MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 436-437).

3.3 – Altas barreiras à entrada

As barreiras à entrada podem ser definidas como um “custo de produção (sobre parte ou toda a produção) que precisa ser suportado por uma firma que pretende entrar em um segmento, mas que não é suportado por firmas já instaladas nesse mercado”. Assim, é qualquer desvantagem competitiva imposta aos agentes que estão fora do mercado em comparação aos agentes que já operam no mercado. Esses fatores podem ser diversos, sendo os mais comuns (i) os custos irrecuperáveis (ou custos afundados – do inglês *sunk costs*), (ii) as barreiras legais ou regulatórias, (iii) os direitos à propriedade intelectual, (iv) as economias de escala e escopo, (v) a integração da cadeia produtiva, (vi) a fidelidade à marca e (vii) as barreiras tecnológicas.¹³⁴

Também poderia ser considerada como barreira à entrada a ameaça de reação dos competidores instalados. Contudo, essa classificação parece ser imprópria, pois as barreiras à entrada são os custos impostos aos agentes que não atuam no mercado além daqueles que incidem sobre os agentes já instalados no mercado. A ameaça de reação dos competidores está presente em qualquer mercado e que atinge reciprocamente todos os agentes econômicos. Tal ação faz parte do comportamento estratégico dos competidores e coloca-se como uma dificuldade natural do mercado, não apenas para a entrada, mas para a manutenção do agente nele. Ao contrário, as barreiras à entrada são dificuldades impostas apenas aos agentes que ainda não participam de um determinado mercado e, superadas uma vez, deixam de ser uma dificuldade.

Os custos irrecuperáveis, ao contrário, são efetivas barreiras à entrada. Um custo dessa espécie é qualquer gasto que precisa ser feito pelo agente entrante que não possa ser recuperado caso a tentativa fracasse. Investimentos em estrutura física, por exemplo, podem ser recuperados pela venda do imóvel e parte dos equipamentos, caso o agente não se estabeleça. Por outro lado, investimentos em pesquisa e tecnologia, publicidade, treinamento de pessoal ou organização de cadeia de distribuição são perdidos no caso do agente fracassar na tentativa de entrar no mercado.

Portanto, quanto maiores forem os custos irrecuperáveis, mais difícil será ocorrer a tentativa de entrada de um agente, pois além de ser necessário grande capital o risco será muito maior.

¹³⁴ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal – estabelecido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, pp. 13-14.

Quanto às barreiras legais ou regulatórias, elas funcionam do mesmo modo que os custos irrecuperáveis, na medida em que exigem investimentos econômicos altos e por um período durante o qual o agente não terá retorno financeiro.

O mercado de medicamentos, por exemplo, possui muitas barreiras regulatórias. Antes de iniciar a produção e comercialização dos medicamentos, os agentes precisam ter autorização para suas instalações físicas e aprovação dos procedimentos internos, das formulações e testes dos medicamentos, dos rótulos e embalagens, dentre outras obrigações. Todas essas etapas que devem ser cumpridas consomem muito tempo e dinheiro, período durante o qual o entrante precisa suportar suas despesas e os agentes já estabelecidas podem adotar medidas estratégicas que minimizem o impacto da nova entrada sobre seu lucro.

Outro mercado que possui altas barreiras regulatórias é o mercado de transportes aéreos, pois além de todas as autorizações necessárias que devem ser concedidas pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, os agentes entrantes precisam conseguir a alocação de espaços nos aeroportos e rotas aéreas. Soma-se a isso o fato dessas autorizações serem limitadas e os entrantes dependerem da disponibilização desses espaços pelos agentes já estabelecidos, o que normalmente não ocorre para as rotas mais lucrativas.

Os direitos de propriedade intelectual, tais como as patentes e desenhos industriais, também limitam a entrada de novos agentes, visto que protegem os concorrentes já estabelecidos. Em geral, os entrantes somente conseguem ingressar no mercado após o decurso do tempo de proteção legal à propriedade intelectual. Essa ocorrência é bastante comum no mercado de produtos transgênicos, no qual a primeira empresa a descobrir um novo material biológico ou microorganismo registrará a sua patente e poderá explorar esse direito com exclusividade por 20 anos.¹³⁵

As economias de escala e escopo aumentam a vantagem competitiva do agente já estabelecido no mercado, elevando o investimento necessário para um potencial entrante. Portanto, em ambas as situações, o ingresso de novos agentes no mercado torna-se mais difícil e pode chegar a ser inviabilizado.

Economias de escala são as diminuições do custo de produção de um determinado bem decorrentes do aumento da quantidade produzida. Portanto, ocorrem nas situações em que “o custo total médio de longo prazo declina enquanto a produção aumenta”¹³⁶ e,

¹³⁵ Lei nº 9.279/96, artigo 40.

¹³⁶ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Trad. port. de Maria José Cyhlar Monteiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 284.

analogamente, “quando o custo total de uma firma para produzir um determinado produto/serviço é menor do que o somatório do custo total de duas ou mais firmas para produzirem este mesmo produto/serviço”.¹³⁷ Tal fato acontece nos casos em que o custo fixo do agente não varia em função do aumento de produção e alguns dos custos variáveis também são mantidos.

A indústria de medicamentos é beneficiada por economias de escala, pois a maior parte do custo relacionado ao seu produto está ligada à pesquisa e desenvolvimento. Assim, uma vez elaborada, testada e aprovada uma determinada formulação, o custo adicional de produção decorre dos valores do princípio ativo e demais elementos. Ademais, como essa é uma indústria altamente mecanizada, o aumento da produção pode elevar o tempo de funcionamento de uma fábrica de 12 horas para 24 horas por dia, com baixo impacto sobre a folha de pagamento, pois as máquinas podem ser operadas por poucos funcionários.

No setor de serviços, o fornecimento de água e energia são exemplos clássicos de mercados beneficiados por economias de escala, pois uma vez instalada a estrutura de distribuição e o sistema de geração e transporte/transmissão dos bens, o valor adicional relacionado à inclusão de mais um ponto de fornecimento na rede é irrisório.

Ao contrário, no mercado de jóias não há economias de escala representativas, pois o valor de produção de cada item (custo variável) supera o aumento do custo fixo proporcional ao aumento da produção.

Quanto às economias de escopo, elas são as “economias de custo resultantes do escopo (não da escala) de um empreendimento. Há economias de escopo nos casos em que é menos custoso combinar duas ou mais linhas de produtos em uma firma que produzi-los separadamente”.¹³⁸ Elas ocorrem quando “o custo total de uma firma para produzir conjuntamente, pelo menos dois produtos/serviços, é menor do que o custo de duas ou mais firmas produzirem separadamente estes mesmos produtos/serviços, a preços dados de insumos”.¹³⁹ Portanto, um determinado agente que já produza um produto A terá mais facilidade em produzir um produto B que as empresas que não produzem o produto A.

¹³⁷ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. *Glossário*, disponível *on-line* em: <www.seae.fazenda.gov.br>, documento acessado em 27/11/2009.

¹³⁸ PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. *Economies of scope*. In: *The american economic review* 2 (1981), p. 268, tradução livre. No original: “Cost savings which result from the scope (rather than the scale) of the enterprise. There are economies of scope where it is less costly to combine two or more product lines in one firm than to produce them separately”.

¹³⁹ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. *Glossário*, disponível *on-line* em: <www.seae.fazenda.gov.br>, documento acessado em 27/11/2009.

No âmbito da produção, as siderúrgicas que também produzem cimento apresentam grande economia de escopo, pois uma das matérias-primas do cimento é a escória, um subproduto da produção de aço. Assim, as empresas que produzem apenas cimento precisam adquirir a escória das fornecedoras de aço, que certamente obterão lucros com a transação, e transportar o produto para sua fábrica, gastando também com o frete.

Um exemplo de setor da economia de fornecimento de serviços que se beneficia com as economias de escopo é o de fornecimento de sinal de telefone, televisão por assinatura e internet. Nesses mercados, um mesmo agente pode oferecer todos os serviços utilizando a mesma estrutura física criada para apenas um deles. Basta que libere o sinal do outro serviço para o consumidor. No mercado de locação de bens para festas e eventos ocorre o mesmo, pois se o consumidor locar as mesas e cadeiras na mesma empresa em que locar as toalhas, talheres e copos, pagará apenas um valor de frete, caso contrário, precisará arcar com o transporte de duas empresas diferentes. Para as fornecedoras, também é mais vantajoso entregar todos os produtos para um mesmo consumidor que se deslocar para localidades diferentes para entregar parte dos bens para um consumidor e parte para outro.

A integração da cadeia produtiva ocorre se os agentes econômicos dominam mais de uma etapa. Assim, partindo-se da matéria-prima, um agente pode dominar todas as etapas até a comercialização ao consumidor final. Muitas vezes um determinado agente pode atuar em várias ou até mesmo todas as etapas de produção. Esse fato dificulta a entrada de novos agentes porque não haverá disponibilidade de fornecimento ou contratação de bens ou serviços para o cumprimento das etapas à jusante ou montante. Caso uma empresa siderúrgica, por exemplo, também atue na extração do minério de ferro, operação da ferrovia que faz o transporte da mina até o parque produtivo e distribuição, outra siderúrgica somente conseguirá se instalar no mercado se houver fontes alternativas de matéria-prima ou transporte. De outra forma, a entrante terá que criar a sua própria estrutura verticalizada, aumentando exponencialmente os custos.

Com relação à fidelidade à marca, um potencial entrante terá dificuldade de conseguir vender seu produto no mercado e conquistar os consumidores daquele agente que goze de fidelidade sobre sua marca, pois os consumidores poderão não se interessar pelo novo produto. Assim, o entrante deverá ter um produto diferenciado ou melhor que o primeiro já aceito pelo mercado e também precisará investir mais do que o normal em

propaganda para informar os consumidores e convencê-los a testar o novo produto, além de provavelmente precisar reduzir também o seu preço no momento inicial.

Portanto, a fidelização à marca resulta no aumento dos custos irrecuperáveis do entrante. Mercados de bebidas e alimentos, nos quais a opção dos consumidores está muito ligada ao sabor e qualidade dos produtos, geralmente apresentam marcas sobre as quais existe grande fidelização dos consumidores.

As barreiras tecnológicas são aquelas que exigem dos entrantes a instalação de estrutura própria ou tecnologia avançada para o início de suas atividades. Assim, é impossível entrar no mercado sem que tais requisitos sejam atendidos, fato que exige investimento financeiro considerável. Um bom exemplo dessa situação é o mercado de televisão por assinatura, que exige a instalação de antenas e redes de cabos antes do início da operação. No mercado de televisão por assinatura, a barreira é ainda maior porque são exigidos equipamentos altamente sofisticados para a prestação dos serviços seja equiparável a dos agentes já instalados no mercado e que suportem o atendimento de grande número de consumidores.

Todos os exemplos citados de barreiras à entrada demonstram que quanto maiores elas forem, mais difícil será ocorrer a entrada de um novo agente no mercado – quando as barreiras são baixas, mesmo diante de um comportamento dos agentes já estabelecidos no mercado que visem excluir os novos agentes e impedir o seu ingresso, um entrante pode combater tais ações e conseguir ter sucesso; mas no caso de altas barreiras, a dificuldade se torna quase intransponível, se somadas ao comportamento estratégico dos agentes já estabelecidos. As altas barreiras à entrada impactam sobre a possibilidade de exercício do poder econômico¹⁴⁰ e a elasticidade da oferta¹⁴¹ na medida em que facilitam o fechamento do mercado pelos agentes que já atuam nele. Assim, quanto maiores as barreiras à entrada, maior será a possibilidade do exercício do poder de mercado pelos agentes e menor será a elasticidade da oferta, pois novos agentes dificilmente surgirão.

Nesse sentido, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a chance de surgimento de um cartel, pois ele dificilmente será contestado e não sofrerá pressão competitiva de novos entrantes. A oferta será aquela determinada pelo cartel. Assim, os compradores que não estiverem dispostos a pagar o preço anti-competitivo terão de deixar

¹⁴⁰ Vide item 3.2.

¹⁴¹ Elasticidade da oferta é a variação da quantidade de produto ou serviço oferecido em função da variação de preço verificada no mercado (SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*, vol. 2, 5ª ed. Trad. port. de O. A. Dias Carneiro, Ruy Lourenço Filho e Luíz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1963, pp. 18-22.

de adquirir o produto ou serviço sob a influência do cartel ou optar pela compra de outros produtos (caso existam substitutos adequados¹⁴²).

3.4 – Disponibilidade de informações

O acesso às informações de mercado nem sempre é fácil. Dependendo do modo como são organizados os bens de produção e a interação entre os agentes econômicos há maior ou menor disponibilidade de informações. Alguns mercados, tais como aqueles ligados às grandes redes de varejo,¹⁴³ são auditados por empresas especializadas, enquanto outros possuem forte presença de associações ou outros órgãos de classe, que facilitam a coleta e divulgação das informações.¹⁴⁴ Pode até ser que os preços sejam negociados em bolsa de valores, como no caso das *commodities* ou os produtos do mercado sejam objeto de compras públicas, por meio de processos de licitação. Contudo, em outros casos, os agentes econômicos não conseguem saber os preços praticados por seus concorrentes, como comumente ocorre nos mercados em que há contratos de longo prazo e negociados individualmente entre fornecedor e comprador.

Considerando uma estrutura oligopolizada – que é a mais propícia para o surgimento de cartéis, conforme explicado no item 3.1 –, se o nível de acesso às informações for muito alto ou muito baixo, não haverá incentivo para a formação de um cartel. Caso as informações sejam totalmente públicas, os agentes poderão facilmente adotar um comportamento paralelo sem a necessidade de se organizarem, pois através dos dados de mercado poderão traçar sua estratégia com base no movimento dos concorrentes. Também será possível a realização de testes durante as diversas rodadas de negociação¹⁴⁵ para se chegar ao comportamento estratégico mais lucrativo em função das reações observadas dos demais agentes.

¹⁴² Vide item 3.5.

¹⁴³ A venda a varejo de produtos feita por grandes redes de supermercados, lojas de departamento ou lojas de material de construção facilita a análise das informações, visto que a coleta dos dados pode ser feita diretamente no caixa e nas gôndolas de venda.

¹⁴⁴ De acordo com as normas de prevenção às infrações à ordem econômica, também conhecidos como programas de *compliance* antitruste, as informações devem ser coletadas por uma entidade neutra, que não participe como um agente econômico do mercado, pois é proibido o contato ente os concorrentes para discussão de assuntos ligados a preço ou demais condições de venda ou produção. Em geral, as informações devem ser divulgadas de modo agregado, mas nos caso em que há total publicidade e livre acesso às informações, como na exposição dos produtos para venda a varejo, não há problema em divulgar a informação discriminada para cada empresa ou marca comercializada.

¹⁴⁵ Vide explicação sobre teoria dos jogos no item 2.2.

É certo que a adoção do comportamento estratégico correto também dependerá dos recursos próprios de cada agente do mercado, pois a reação efetiva está condicionada à sua capacidade de produção e possibilidade de pronta alteração da sua estrutura de produção e oferta.¹⁴⁶ Entretanto, o acesso às informações de mercado corretas é o primeiro elemento necessário para que os agentes possam adotar um comportamento interdependente.

De modo oposto, caso não se tenha acesso às informações, a não ser que apresentadas pelos próprios agentes econômicos, o cartel não terá possibilidade de monitoramento efetivo. Dado que o comportamento oportunista e o alto nível de traição são características frequentes dos membros dos cartéis,¹⁴⁷ o monitoramento do mercado é atividade importante e que precisa estar baseada em dados disponíveis no próprio mercado, seja pela simples observação ou pela coleta por meio dos compradores ou demais entidades que realizam análise de mercado.

Assim, a formação de cartéis é incentivada quando se tem um nível razoável de acesso às informações, de modo que não sejam amplamente disponíveis a ponto de possibilitar a iniciativa isolada dos agentes para adoção de comportamento paralelo e também não sejam indisponíveis, fato que inviabiliza o monitoramento do mercado pelo cartel.

¹⁴⁶ “Em primeiro lugar, contestam-se dois de seus pressupostos fundamentais: a informação perfeita dos agentes e a reação imediata. Quanto à primeira, observa-se que é impossível e freqüente que os oligopolistas dissimulem seu comportamento de modo a não permitir seu conhecimento ou, ao menos, pleno conhecimento de seus efeitos pelos concorrentes. Assim, por exemplo, a concessão de benefícios indiretos aos consumidores ao invés de reduções de preços. Mesmo se e quando o concorrente descobrir e avaliar os efeitos desse comportamento, ele pode não ter condições de reagir imediatamente. É o que ocorrerá se o agente econômico estiver no máximo de sua capacidade, sendo impossível um aumento a curto prazo de produção para fazer frente ao aumento da demanda” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154).

¹⁴⁷ “A desconfiança mútua é fator preponderante na relação entre os membros do cartel, desde os momentos iniciais de sua formação, constituindo uma das principais causas de sua desintegração. Os membros, concorrentes entre si, num mercado em que há poucos participantes no jogo econômico, têm como objetivo principal a formação do lucro desproporcional. Por isso, mesmo depois de formado o cartel, a tendência de cada membro é lutar pela realização daquele objetivo, tanto de forma coordenada, na cumplicidade do ato ilegal, quanto individualmente, ao abrigo da legalidade, no processo da livre concorrência” (MALARD, Neide Teresinha, O cartel, In: Revista de Direito Econômico, vol. 21, Brasília, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995, pp. 42).

3.5 – Demanda próxima à inelástica

A elasticidade da demanda pode ser definida como a alteração da quantidade demandada pelo mercado em razão das variações de preço. Quanto maior a variação, mais elástica é a demanda¹⁴⁸. A elasticidade, portanto, é a

medida da variação na demanda de uma mercadoria. A demanda, considerada a quantidade de certa mercadoria comprada por unidade de tempo, depende de alguns fatores: do preço da mercadoria, da renda do consumidor, do preço de outras mercadorias, do gosto do consumidor, entre outros. Quando há qualquer mudança num desses fatores, ocorre variação na quantidade comprada da mercadoria na unidade de tempo em questão.¹⁴⁹

O cálculo da variação da demanda¹⁵⁰ é útil para estimar o movimento do mercado em função da alteração do fornecimento de um determinado produto ou serviço. Apesar de não concordar inteiramente com a nomenclatura, Schumpeter descreve em detalhes a função e modos de cálculo da elasticidade da demanda e renda como forma de determinação da dinâmica econômica.¹⁵¹

A elasticidade da demanda torna possível saber qual o nível de disposição dos compradores em pagar por determinado produto ou serviço, mesmo que sua disponibilidade no mercado seja reduzida drasticamente. Quanto maior essa disposição, menor será a diminuição das aquisições caso o preço aumente.

Como se sabe, o aumento de preço pode ocorrer por uma ação direta do fornecedor, mas principalmente ocorre pela ação natural do mercado como decorrência da diminuição da quantidade produzida.¹⁵² Também é esperada uma diminuição de compradores e, portanto, o fornecedor precisa calcular se o seu lucro final será maior ou menor com o aumento de preço. Assim, se uma diminuição na quantidade produzida

¹⁴⁸ “A elasticidade-preço da demanda mede o quanto a quantidade demandada responde a variações no preço. Diz-se que a demanda de um bem é elástica se a quantidade demandada responde substancialmente a variações de preço. Diz-se que a demanda é inelástica se a quantidade demandada responde ligeiramente a variações no preço” (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Trad. port. de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 94).

¹⁴⁹ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2001, p. 200.

¹⁵⁰ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, pp. 72-75, e MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Trad. port. de Maria José Cyhlar Monteiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, pp. 95-100.

¹⁵¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. *História da análise econômica*. vol. 3. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, pp. 279-281.

¹⁵² Para mais detalhes, cf. GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. e CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 5ª ed. St. Paul: West, 1994, p. 68, pp. 236-244; e CHURCH, Jeffrey e WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000, pp. 19-29.

resulta no aumento do preço e na conseqüente diminuição da demanda, o aumento do preço precisa superar a queda esperada na compra do produto.

Os fabricantes de produtos essenciais ou altamente demandados pelos compradores têm maior facilidade para aumento de preço, pois mesmo que diminuam a produção para que o preço aumente, as vendas não diminuirão significativamente e, portanto, o lucro aumentará. De outro lado, produtos extremamente dispensáveis ou supérfluos podem simplesmente deixar de ser comprados em razão de um aumento mesmo que pequeno no preço. A subjetividade é bastante grande, pois o gosto do consumidor é um critério preponderante na opção de compra, bem como as opções que lhe são disponíveis.

Tomando como exemplo o mercado de arroz, sabe-se que é um alimento extremamente popular e amplamente utilizado pelos brasileiros em sua dieta diária. Assim, em qualquer região do país, uma redução na produção de arroz levará a um aumento de preço que será suportado pelos compradores. O lucro dos fornecedores tende a aumentar, pois poucas pessoas deixarão de consumir arroz, mesmo após um aumento razoável de preço.

Por outro lado, um aumento do preço da erva-mate para preparo de chimarrão poderá ter conseqüências similares às do arroz na região sul do Brasil, mas o produto certamente terá as vendas reduzidas em outras regiões do país, cujo hábito e cultura não valorizam tanto o produto.

A situação é diferente ainda no caso dos combustíveis. Caso a gasolina automotiva sofra aumento substancial de preço, uma parcela significativa dos consumidores poderá substituir o produto por álcool, no caso dos que possuem automóveis bicomustíveis, enquanto que aqueles consumidores possuidores de automóveis movidos apenas a gasolina suportarão o aumento, mesmo que seja grande, salvo alguns indivíduos que deixem de utilizar seus veículos.

Assim, o nível da elasticidade da demanda interfere nas decisões dos fornecedores e influenciam o exercício do poder econômico. De nada adianta o agente ser capaz de tomar uma decisão autônoma e influenciar as decisões dos demais agentes se isso lhe trará prejuízo. O mesmo ocorre com a atividade de um cartel: de nada adianta o cartel ser capaz de diminuir a oferta de modo a aumentar drasticamente os preços se os compradores deixarem de comprar o produto objeto das ações do cartel ou optarem por outro produto substituto.

Portanto, quanto mais inelástica for a demanda, ou seja, quanto menor for a redução da demanda frente a um aumento decorrente da diminuição da oferta, maior será a possibilidade de aumento de preços e, portanto, o incentivo à formação de cartel.¹⁵³

Sobre a demanda inelástica, Filson, Keen e Fruits possuem um estudo que descreve em detalhes os reflexos da elasticidade da demanda para o mercado e o seu incentivo à formação de cartéis.¹⁵⁴ O estudo se baseia nos principais mercados agrícolas dos Estados Unidos – os dados coletados se referem a 182 mercados de frutas, nozes e vegetais dos estados da Califórnia, Colorado, Flórida, Idaho, Oregon, Texas e Washington. Secundariamente, o estudo também traz recursos para demonstrar que a pequena quantidade de participantes e sua proximidade física também atuam como facilitadores do conluio, pois diminuem o custo de transação e monitoramento do cartel. Por fim, a análise do papel desempenhado pelas cooperativas nos acordos do setor agrícola traz subsídios para traçar um paralelo com as razões que tornam a participação de associações de classe importantes para o sucesso dos cartéis, visto que ambas atuam como catalisadoras de informações e redutoras do custo de monitoramento das atividades.

Esse estudo demonstra não apenas a importância da baixa elasticidade da demanda como elemento necessário para a formação dos cartéis, como também a necessidade da estrutura oligopolizada e do caráter facilitador desempenhado por outros elementos como o baixo custo de monitoramento do cartel e a existência de entidades de classe.

Desse modo, os cartelistas deverão sempre considerar nos seus planos a elasticidade da demanda para calcular o lucro que poderá ser obtido com a atividade ilícita – algo que nem sempre é fácil de ser calculado.¹⁵⁵ Mesmo que a demanda seja pouco elástica, a pequena redução na demanda já pode ser suficiente para inviabilizar o cartel dependendo das outras características, pois o lucro precisa compensar todo o custo de criação, operação e fiscalização do cartel, bem como o custo de descoberta relacionado à probabilidade de serem investigados e punidos pelas autoridades.

¹⁵³ “Uma complicação adicional é que mesmo se não há outros vendedores do produto e se a entrada no mercado é, por algum motivo, completamente bloqueada, a elasticidade da demanda sob preço competitivo pode ser tão alta e fazer uma colusão pode ser uma estratégia não-lucrativa” (POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 95, tradução livre). No original: “A further complication is that even if there are no other sellers of the product and new entry into the market is for some reason completely blocked, the elasticity of demand at the competitive price may be so high as to make collusion an unprofitable strategy”.

¹⁵⁴ FILSON, Darren; KEEN, Edward; FRUITS, Eric. *Market power and cartel formation: theory and an empirical test*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 44, n. 2, outubro, 2001, p. 465-480.

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, pp. 61-62.

Em alguns casos, produtos totalmente diferentes daquele sujeito à redução da oferta podem ser utilizados como substitutos¹⁵⁶ e outros que sequer eram conhecidos ou cogitados pelos compradores podem se tornar opções viáveis frente ao aumento de preço. O cartel precisa lidar com todas essas variáveis para atingir o sucesso. Assim, o grau de elasticidade da demanda interfere fortemente na decisão pela formação de um cartel, mas não deixa de ser mais um elemento necessário para o surgimento do conluio, sem que, no entanto, seja suficiente para tanto ou prova conclusiva da existência de um cartel.

3.6 – Baixa diferenciação do produto (produto homogêneo)

A diferenciação entre os produtos de um determinado mercado interfere diretamente na probabilidade de formação de um cartel. Produtos homogêneos são aqueles que são idênticos entre si ou cujas diferenças existentes não interferem na opção de escolha dos compradores, sendo perfeitamente substituíveis entre si.¹⁵⁷ Produtos homogêneos também podem ser definidos como aqueles que são considerados, pelos consumidores, substitutos perfeitos.¹⁵⁸ A diferenciação entre os produtos pode ser horizontal ou vertical. A primeira é aquela existente entre produtos de mesmas características e mesmo nível de preço e qualidade, enquanto que a diferenciação vertical é verificada entre produtos que diferem de categoria de consumo.¹⁵⁹ Exemplos de diferenciação horizontal são as que ocorrem entre diversas marcas de um mesmo tipo de cereal matinal, marcas de caneta esferográfica ou milho enlatado. A opção dos consumidores por uma marca ou outra se dá principalmente pelo preço, havendo secundariamente preferência de marca ou por diferenças mínimas de sabor ou estilo que lhe trazem maior grau de satisfação.

¹⁵⁶ No caso do cartel da lisina, por exemplo, esse produto sintético que era utilizado para alimentação na criação de aves e porcos podia ser substituído por grãos, em especial soja, mas em grandes quantidades. Esses produtos são totalmente diferentes e participam de setores totalmente díspares da economia. Contudo, após o funcionamento do cartel, essa foi a solução encontrada pelos criadores de animais para substituição da lisina. Ainda, para aumentar a complexidade das decisões do cartel, a sazonalidade interferia no preço dos grãos, tornando a lisina mais atrativa, períodos nos quais o cartel aumentava ainda mais o seu preço aproveitando-se do fato que esse elemento justificava racionalmente um aumento de preço e encobria as atividades do cartel (CONNOR, John M. *Global price fixing*. 2ª ed. Nova York: Springer, 2007, pp. 189-217).

¹⁵⁷ OECD. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, disponível *on-line* em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>, p. 48.

¹⁵⁸ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. *Glossário*, disponível *on-line* em: <www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>.

¹⁵⁹ CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000, p. 369.

Casos de diferenciação vertical ocorrem, por exemplo, entre carros populares e carros de luxo ou entre passagens aéreas de classe econômica e de primeira classe. Entre cada uma das categorias pode haver uma diferenciação horizontal, de modo que os consumidores podem optar por comprar carros populares de marcas diferentes em razão de preferências pessoais, nível de atendimento ou benefícios indiretos recebidos pela compra do produto, da mesma forma como ocorre na escolha da companhia aérea. Entretanto, se o preço médio dos carros populares for o mesmo que o dos carros de luxo, bem como o preço das passagens de classe econômica for o mesmo das de primeira classe, certamente os consumidores optarão pela compra dos carros de luxo e das passagens de primeira classe.

Assim, um mercado relevante de produtos homogêneos pode ser considerado aquele no qual há baixa diferenciação horizontal entre os produtos. Como exemplos podem ser citadas as *commodities* (tal como laranja, petróleo, café e minério de ferro, apesar de existirem categorias diferentes em alguns casos – diferenciação vertical), o pão francês e o serviço de coleta de lixo das ruas.

Em todos os casos citados, a diferenciação entre os produtos ou serviços é baixa e, portanto, há um padrão seguido pelo mercado. Os produtos podem ser tratados como iguais para a definição de preço sem que seja preciso considerar particularidades específicas de cada um deles.

Em razão desses fatores, cada agente dispõe de apenas um produto com preço único no mercado e o valor atribuído pelos compradores é o mesmo para todos os produtos oferecidos pelos agentes, fatos que facilitam bastante o surgimento de um cartel.

Ressalte-se que os mercados relevantes dos produtos finais não podem ser confundidos com os das matérias-primas. Enquanto o minério de ferro, por exemplo, é um produto homogêneo, as chapas de aço produzidas com ele pertencem a outro mercado e também são produtos homogêneos, enquanto que as geladeiras produzidas com as chapas de aço estão em outro mercado e são produtos heterogêneos. Assim, cada produto deve ser analisado na sua individualidade, ignorando-se as demais etapas da cadeia produtiva.

Ademais, também é importante notar que o funcionamento do mercado de *commodities* difere um pouco dos demais. O preço dos produtos homogêneos em geral, tais como farinha de trigo, milho enlatado e clipes, podem ser facilmente manipulados pelos fornecedores que, se juntando em um cartel, chegarão facilmente a um acordo de preço e sistema de reajustes que poderão ser impostos aos compradores.

Contudo, no mercado de *commodities* a interferência dos fornecedores sobre o preço não é tão simples. Apesar da formação do preço e o acordo sobre o mesmo serem igualmente fáceis de serem conseguidos, a imposição ao mercado é mais difícil. No caso das *commodities*, o preço é determinado internacionalmente pelas bolsas de valores. Assim, no momento da compra, os compradores tomarão como base tais valores para negociação. Ademais, é possível adquirir o mesmo produto em diversos lugares do mundo e, como em geral as compras são feitas em grandes quantidades e dependem de transporte a grandes distâncias, o preço final não sofrerá grande impacto em função da localidade do produto no globo.

Cartéis nesses casos são conseguidos apenas se feitos em nível internacional, como no caso do cartel do petróleo,¹⁶⁰ ou se uma determinada região de produção no mundo é proporcionalmente muito grande e capaz de alterar o preço internacional, como no caso da produção de laranja. Nesse caso, a produção mundial está concentrada no Brasil (particularmente no Estado de São Paulo) e no estado americano da Flórida, sendo que poucas e grandes empresas dominam a compra e processamento para produção de suco concentrado de laranja. Assim, há possibilidade de ser formado um cartel pelo oligopsônio que controle o preço dessas regiões e, via reflexa, altere toda a cotação mundial do preço da laranja. Algumas denúncias existem nesse setor e um processo de investigação do cartel existe no Brasil,¹⁶¹ mas até o momento nada foi provado.

Mercados de produtos heterogêneos impossibilitam a padronização e tornam praticamente impossível o acordo de preço entre os agentes.¹⁶² Tomando como exemplo os mercados de óculos escuros e o de aparelhos celulares, percebe-se que há grande diferenciação entre os produtos. São inúmeros os modelos existentes, funções e elementos de personalização. Assim, os fornecedores têm diversas linhas de produtos para os quais são necessários processos produtivos diferentes e matérias-primas diferentes, em alguns casos. Tanto os celulares quanto os óculos escuros podem utilizar ligas metálicas, plásticos ou ligas carbônicas, enquanto que os celulares ainda podem ser providos com diferentes sistemas operacionais, mesmo que tenham a mesma aparência externa.

¹⁶⁰ Apesar de ser reconhecidamente um cartel, a OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo não é punida pelas autoridades de defesa concorrencial de nenhum país porque a dependência mundial sobre o petróleo é tão grande e sua concentração no território dos países-membros da OPEP tão alta que nenhum Estado ou mesmo a comunidade internacional se arriscam a prejudicar o fornecimento de petróleo. Caso qualquer um dos países vendedores diminua a produção ou deixe de fornecer petróleo, o impacto sobre o preço internacional é grande e a elasticidade da demanda é baixa.

¹⁶¹ Processo Administrativo nº 08012.008372/99-14.

¹⁶² POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 75.

Imagine-se um cartel em qualquer um dos mercados citados. Os concorrentes precisariam fixar um preço diferente para cada tipo de produto e, antes disso, precisariam analisar cada um dos produtos para estabelecer os padrões de equivalência e saber qual produto de cada agente seria comparado com o do concorrente.¹⁶³

Calixto Salomão conclui que:

tipicamente em um mercado em que os bens são perfeitamente substituíveis, a ordem natural das coisas cuida da padronização. O acordo entre os oligopolistas pode então se limitar à fixação de preços. Inversamente, quanto mais heterogêneos forem os produtos, mais complexo deve ser o acordo e menos provável o seu cumprimento.¹⁶⁴

A alta diferenciação dos produtos torna muito improvável o surgimento de um cartel no mercado. Além das grandes dificuldades relacionadas à formação do acordo inicial, a operação e o cumprimento das decisões restariam prejudicados.

Portanto, a baixa diferenciação do produto é necessária para a viabilidade de um cartel, funcionando como grande facilitador da negociação entre os cartelistas, mas também não comprova sua existência. Na verdade, são incontáveis os produtos homogêneos existentes e seria descabido considerar que eles comprovariam a existência de cartéis em todos esses mercados.

3.7 – Estruturas de produção e preço similares

As estruturas de produção e precificação dos agentes econômicos são definidas pelos produtos ou serviços oferecidos ao mercado, nível de demanda e grau de eficiência do agente econômico.

A estrutura de produção é aquela formada por todos os elementos necessários para a produção de um determinado bem, que se inicia com a aquisição das matérias-primas necessárias e máquinas e equipamentos utilizados no processo, passa pela operação das máquinas pelos funcionários, capacidade instalada e recursos necessários para tanto e termina com o empacotamento e armazenamento do produto para futura distribuição e venda.

¹⁶³ Posner cita que nos casos em que os produtos são diferenciados por qualidade, reputação da marca ou outros elementos, mesmo já existindo um cartel, a probabilidade de traição é aumentada pelo fato de alguns dos membros terem seus produtos mais valorizados pelos compradores e desejarem sempre um aumento maior dos preços (POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 65).

¹⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160.

Com base nesses elementos, o fornecedor é capaz de calcular o custo total de produção – incluindo os custos fixos e variáveis – e formular o seu preço, que deverá ser superior a todos os custos e ainda incluir o seu lucro.

Assim, caso os agentes econômicos de um determinado mercado tenham uma estrutura semelhante, será mais fácil a formação de um cartel, pois as variáveis da equação que define o preço são as mesmas. Se os agentes usam a mesma matéria-prima, por exemplo, estão sujeitos aos mesmos fornecedores e variações de preço, que são repassados ao preço final da mesma forma.

Do mesmo modo, se atuam no mesmo setor econômico e seus funcionários estão vinculados a um mesmo sindicato, sujeitam-se aos mesmos encargos trabalhistas, refletindo na aproximação das suas equações de preços. O mesmo ocorre para agentes que investem muito ou pouco em propaganda: duas empresas que vendem o mesmo produto no mesmo mercado podem investir mais ou menos em propaganda, seja por tática empresarial, seja porque uma empresa seja a primeira a atuar no mercado e já tenha a sua marca reconhecida pelo consumidor, dispensando grandes investimentos. Se o investimento for similar, o impacto no custo de produção é o mesmo e facilita-se a formação do cartel.

No caso de produtos homogêneos, a estrutura de preço dos fornecedores geralmente é similar – são utilizadas as mesmas matérias-primas, embalagem e processos de produção, armazenamento e distribuição. Alguns elementos podem ser diferentes, tal como quantidade de funcionários e estrutura física, mas estão ligados à eficiência do agente econômico, não ao produto. Contudo, os critérios não se confundem. O fato de o produto ser homogêneo não implica em uma estrutura de produção e de preço similar, nem vice-versa, mas em geral os agentes fornecedores de bens homogêneos possuem estruturas similares, do mesmo modo que, apesar de ser possível, dificilmente as estruturas de fornecedores de bens heterogêneos são similares.

Como ocorre no caso da baixa diferenciação de produto, a existência de similaridades facilita o acordo entre os agentes e a formação do conluio. A existência de um cartel não depende apenas da formação de um acordo inicial, mas sim da possibilidade de ser mantido esse acordo ao longo do tempo e de uma convivência relativamente pacífica entre seus membros, mesmo perante as dinâmicas mudanças de mercado.

Portanto, se todos os agentes estão sujeitos às mesmas alterações das variáveis que compõem a formação de seu preço (matéria-prima, piso salarial e direitos trabalhistas,

sistema de distribuição, demais insumos de produção, entre outros) os reajustes de preço serão similares e no mesmo momento.

Ao contrário, no caso de estruturas distintas, seria muito mais difícil definir os momentos e valores das alterações de preço, posto que as variações de preço de cada agente seriam diferentes e em momentos diversos, em função da aplicação de matérias-primas distintas e processos produtivos pouco semelhantes.

A capacidade instalada também interfere, pois, se forem similares, os membros de um eventual cartel serão capazes de aumentar ou diminuir a oferta de produtos de acordo com a estratégia que se mostrar mais lucrativa. Contudo, caso alguns deles sejam capazes de alterar o nível de oferta rapidamente e outros não, haverá conflito nas decisões do cartel. Portanto, a capacidade instalada também é um elemento que compõe a estrutura de produção e a similaridade de porte entre os agentes econômicos do mercado contribui para a formação de um cartel.

Essa característica também não implica na formação de um cartel, apenas possibilita sua existência. De fato, caso as similaridades de estrutura de produção e preço sejam muito grandes, eventualmente o comportamento do mercado obedecerá a um padrão constante, mesmo que inexistam um cartel ou mesmo um oligopólio. Um ambiente concorrencial pode se comportar desse modo, mantida a rivalidade entre os agentes econômicos pela concorrência em outros fatores diferentes do preço, tais como a qualidade, o atendimento ou as condições de venda.

3.8 – Circunstâncias que possibilitam o sistema de compensações

Para que o mercado seja propício ao surgimento de um cartel devem estar presentes circunstâncias que possibilitem o sistema de compensação entre seus agentes, potenciais membros de um cartel. A compensação é a troca de clientes ou áreas de atuação entre os membros do cartel e ocorre quando algum dos membros está vendendo mais do que deveria ou aumentando sua participação de mercado. Essa é uma situação normal, que acontece em função do dinamismo do mercado e a necessidade do cartel acompanhar essas modificações.

Não se pode confundir o sistema de compensação com o sistema de punição do cartel. O primeiro, como se explicou, é um mecanismo que garante que o cartel se mantenha equilibrado e que os membros atendam às decisões de quantidades de venda e participação de mercado, pois involuntariamente as alterações de mercado impõem ao

cartel instabilidades que precisam ser ajustadas, como é feito no trajeto de um navio ou uma nave espacial – mesmo seguindo o curso correto, algumas variações são inevitáveis.

O sistema de punição é diferente. Primeiramente, a origem da interferência do cartel é outra. No caso das compensações, elas decorrem do curso natural do mercado e da atividade dos cartelistas – mesmo obedecendo às decisões do cartel, o resultado das atividades em um determinado período gera um desequilíbrio entre os membros –, enquanto que a punição é uma resposta a um ato de um dos membros do cartel deliberadamente contra as suas decisões que visa a tirar vantagem sobre os demais participantes. Tal atitude pode até mesmo ocorrer por engano do cartelista, mas se aos demais membros parecer uma desobediência, será punida.¹⁶⁵

Além disso, a compensação, como o próprio nome diz, visa restaurar o equilíbrio do cartel e fazer com que um membro que tenha vendido mais em um determinado período venda menos no período posterior, de modo que os demais membros recuperem suas perdas. No caso da punição, a interferência do cartel impõe uma perda efetiva ao membro que descumpriu com as decisões, não somente para compensar os demais membros pelas perdas resultantes da traição, como também para retaliar o dissidente e impedir novas traições dele ou de outros membros. A punição poderia no seu grau máximo determinar a expulsão do membro traidor, mas essa ação raramente é tomada, pois o cartel precisa manter dentro do acordo o maior número de agentes possível para que as decisões sejam efetivas sobre o mercado e também evitar que um ex-membro descontente denuncie o conluio às autoridades.¹⁶⁶

¹⁶⁵ “Pode parecer que nenhum membro do cartel teria uma visão tão fraca a ponto de trapacear, sendo que a trapaça é uma auto-derrota no longo prazo. Mesmo assim, o preço do cartel pode ser reduzido inadvertidamente, em razão de um erro de cálculo ou uma falha de comunicação tanto com relação ao preço acordado como sobre a sua mudança. Erros desse tipo são muito comuns quando a coordenação é feita de modo clandestino. Mesmo vendedores concorrentes não saberão que a ‘traição’ foi inadvertida, e deverão retaliar; nesse sentido, um erro pode facilmente desencadear uma rodada geral de corte de preços. (...) Um cartel secreto é repleto de induzimentos e tentativas de traição, tal como a história dos efetivos cartéis confirma, os quais geralmente são bastante instáveis mesmo quando não são forçados ocultamente pela coerção da legislação antitruste” (POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 67, tradução livre). No original: “It might seem that no member of the cartel would be so shortsighted as to cheat, since cheating is self-defeating in the long run. Even so, the cartel price might be undercut inadvertently, because of a computational mistake or a failure of communication either of the agreed price or of a change in it. Mistakes of this sort must be common when coordination is effected by clandestine means. Yet competing sellers will not know that the ‘cheating’ was inadvertent, and may retaliate; in this way a mistake can easily trigger a general round of price cutting. (...) A secret cartel is rife with inducements and temptations to cheating, as is confirmed by the history of actual cartels, which are usually quite unstable even when not forced underground by antitrust enforcement”.

¹⁶⁶ “Os cartéis são intrinsicamente instáveis. Normalmente, cada membro é capaz de produzir e vender mais do que a quantidade permitida, pois um cartel opera elevando o preço e restringindo a produção. Qualquer membro pode aumentar seus lucros significativamente produzindo mais e vendendo por menos do que o preço combinado. Mas, se todos os membros deixarem de cumprir o acordo, o cartel se desmantelará”

Nesse sentido, a possibilidade de punição é um elemento que apenas facilita a formação do cartel, enquanto que se o mercado não permitir a compensação entre os membros, é praticamente impossível que um cartel se forme.

Mercados em que os contratos celebrados são muito esporádicos ou de difícil alteração dos clientes ou fornecedores dificultam a formação de cartéis. Nesses mercados, caso haja um desequilíbrio entre os membros, demorará meses para restaurar a paridade de relação. Ademais, quando as oportunidades são poucas e com baixa frequência, aumenta-se a competitividade entre os agentes econômicos.

Tomando-se como exemplo o mercado de compra de jatos de guerra pelo governo brasileiro, historicamente tem-se que as aquisições são muito pouco frequentes. Assim, caso seja iniciado o processo de compra desse produto, dificilmente haverá um acordo entre os agentes do mercado, pois não há previsão de quando aqueles que não foram contratados poderão compensar o lucro que deixaram de obter.

Ao contrário, a venda de tomates para restaurantes em São Paulo é muito frequente, fato que facilita a combinação entre os fornecedores. Há muita possibilidade de compensação, seja pela determinação de novas áreas de venda, como troca de clientes entre os membros do cartel.

Nesse sentido, o mercado de bens duráveis é menos susceptível ao surgimento de cartéis que o mercado de bens não-duráveis, visto que a venda de um bem durável se perpetua no tempo e o fornecedor que perdeu a venda demorará muito para ter nova oportunidade de vender ao mesmo consumidor¹⁶⁷.

Portanto, para que seja possível o surgimento de um cartel, deve ser possível a compensação entre os membros das diferenças que possam existir entre as negociações a cada período de atividade do cartel. Apurado o saldo a cada período, são feitos os ajustes necessários.

3.9 – Conclusões

O exame de todas as características estudadas nesse capítulo é útil para verificar se existem indícios suficientes para o surgimento de um cartel que possa gerar efeitos no mercado. Calixto Salomão esclarece que:

(BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, p. 77).

¹⁶⁷ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 76.

não basta, no entanto, para a caracterização do ilícito, a existência do ato ou conduta. É necessário ainda demonstrar que o ilícito tem como objetivo dominar o mercado. Para tanto, sempre no campo do direito concorrencial, é necessário evidenciar que é possível economicamente produzir esse efeito.¹⁶⁸

Da mesma forma que a ausência das características que propiciam o surgimento de cartéis não demonstra que inexistente um cartel, a verificação de todas elas não comprova a existência de um cartel.¹⁶⁹¹⁷⁰ Ao invés de um cartel, pode haver apenas um paralelismo consciente ou sequer isso e o mercado pode funcionar normalmente, sem limitações à concorrência.

Contudo, a inexistência dessas características torna a possibilidade de um conluio muito remota e, mesmo ele sendo criado, dificilmente será capaz de gerar efeitos sobre a concorrência. Inexistindo capacidade de produção de efeitos, não haverá cartel.¹⁷¹

Além das características de mercado examinadas, existem muitas outras que não são determinantes, mas podem facilitar o surgimento ou a manutenção de um cartel em atividade. A facilidade de identificação dos traidores e de punição, por exemplo, funciona como catalisador. A existência de licitações também facilita o surgimento de cartéis, pois aumenta a exposição das informações na medida em que o preço pago pelos contratos e o nome dos contratados são publicamente expostos. O alto custo fixo dos agentes de

¹⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158.

¹⁶⁹ “Não basta constatar que um mercado apresenta as condições facilitadoras de cartel para chegar à conclusão de que existe um cartel em operação. As condições mencionadas não são necessárias nem suficientes para a formação de cartel” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 45).

¹⁷⁰ Todos os indícios da existência de um cartel são ambíguos e da mesma forma que servem para demonstrá-lo, podem ser utilizados para comprovar sua inexistência. “É importante, entretanto, distinguir entre as provas indiretas, apontando a existência de um cartel, e as provas de conduta paralela consciente em uma indústria concentrada. Em teoria econômica, paralelismo consciente refere-se à uniformidade de comportamento, seja na precificação ou em outras condutas competitivas, comumente exibidas por empresas em uma indústria oligopolista que vende um produto homogêneo. A uniformidade se revela não com acordos, mas com cada empresa levando em conta a reação mais provável do seu rival na determinação de suas estratégias comerciais; por exemplo, reconhecendo que a redução de preços será adotada por todos os concorrentes, daí produzindo somente uma vantagem competitiva de curta duração. Essa uniformidade em si não é uma prova de que um cartel esteja operando. Os investigadores antimonopólio geralmente encontram indícios de práticas similares ou idênticas que podem ser informativos, mas quase sempre são ambíguos.” (BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência* (trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame), São Paulo: Singular, 2003, pp. 80).

¹⁷¹ “Devemos concluir que se um acordo não restringe a livre concorrência ou não acarreta a incidência de qualquer inciso do art. 20 da Lei 8.884, não há de falar na existência de cartel” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 399).

mercado e a demanda estável ou decrescente, por exemplo, também incentivam os conluíus.¹⁷²

O alto custo fixo tende a fragilizar a indústria ao deixá-la vulnerável a pequenas reduções da demanda. Essa situação ocorre caso a estrutura de produção precise ser muito grande para atender a picos de demanda ou aumentos sazonais, mas não seja flexível o suficiente para adaptar-se a um período de poucos pedidos. Com relação à demanda estável ou decrescente, a lógica é a mesma. Os agentes se preocupam com a perda de faturamento e o declínio do mercado, que pode levar à falência, e passam a ter maior incentivo para se unirem em favor de um aumento de preço que diminua seus prejuízos ou aumente os lucros para retirar o máximo possível do mercado enquanto ele resistir.

De modo sucinto, a existência de um cartel é determinada, segundo Calixto Salomão, pela existência de acordo expresso entre os agentes econômicos e pela possibilidade de haver a dominação do mercado. A dominação é possível, segundo o autor, apenas se houver barreiras à entrada – sob pena de queda de participação dos cartelistas – e se os produtos não forem diferenciáveis – caso contrário, a concorrência ocorrerá por qualidade ou outros fatores ligados aos produtos.¹⁷³

Entretanto, o presente capítulo demonstrou que algumas características mais são necessárias. Além da existência de barreiras à entrada e da baixa diferenciação dos produtos, também deve existir uma estrutura oligopolizada, possibilidade do exercício do poder econômico, disponibilidade de informações, baixa elasticidade da demanda, similaridade entre as estruturas de produção e preço dos agentes econômicos e circunstâncias que possibilitem o sistema de compensações. Muitas dessas características se entrecruzam e a existência de algumas aumenta a efetividade de outras. Assim, caso uma delas não esteja presente, outras podem ser inviabilizadas e toda a existência do cartel será comprometida.

Mesmo diante de todas as características, a prova material da existência do cartel não perde a importância, continuando essencial. Além dos movimentos de mercado que se assemelham a um cartel, mas que são atividades lícitas decorrentes do curso natural de um mercado oligopolizado, também existem situações em que o cartel existe, mas o funcionamento do mercado o esconde. Esse é efeito gerado pelas ocasiões em que os

¹⁷² POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, pp. 77-78.

¹⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 187-188.

cartelistas entram em conflito, gerando um clima de aparente concorrência,¹⁷⁴ ou quando não tentam excluir os agentes que não participam do acordo por ser mais lucrativo dividir os lucros com eles,¹⁷⁵ induzindo-os a cobrarem preços altos ou mesmo convencendo-nos posteriormente a participarem do cartel.

Portanto, em geral a melhor forma para confirmar se um cartel poderia existir ou não em um determinado mercado é por meio da lógica reversa, tentando “demonstrar que uma estratégia individual não faria sentido ou não seria racional no caso concreto”.¹⁷⁶ Assim, comprovando-se que um comportamento que foge à racionalidade econômica,¹⁷⁷

¹⁷⁴ Nessas situações também pode ocorrer o contrário, pois as movimentações internas do cartel podem tanto demonstrar uma situação de aparente concorrência entre as empresas, como fazer surgir indícios da prática ilícita. Nesse sentido: “Da mesma forma, um cartel que aloca clientes, territórios geográficos ou propostas de licitações precisa concordar sobre como dividi-los. Os membros do cartel, por exemplo, podem ter de barganhar entre si. Em geral, há probabilidade de que o processo de se chegar a um acordo crie evidências da existência de um cartel, e, quanto mais complicado esse processo, maior é a chance de criação desses indícios.” (Banco Mundial/OCDE. Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência (trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame), São Paulo: Singular, 2003, pp. 77).

¹⁷⁵ “Pode parecer que um entrante potencial ficaria preocupado que se ele entrasse no mercado o cartel poderia baixar o preço de mercado, tornando a entrada não lucrativa. Contudo, não é certo que esse seria o curso ideal para o cartel seguir. Se ele baixa o preço ao nível competitivo, ele pode estar perdendo todo o seu lucro monopolístico. A alternativa mais lucrativa, pode ser dividir o mercado com o novo entrante” (POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 73, tradução livre). No original: “It might seem that a potential entrant would be worried that if it entered the market the cartel would lower the market price, making entry unprofitable. But it is not clear that this would be optimum course for the cartel to follow. If it lowered price to the competitive level it would be foregoing all its monopoly profits. The more profitable alternative might be to share the market with the new entrant”.

¹⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 204.

¹⁷⁷ Explica José Reinaldo de Lima Lopes que “o tipo-ideal na economia é uma racionalidade que explica e interpreta as ações ‘de um ponto de vista econômico’. O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia*, in *Revista de direito público da economia* 8, 2004, p. 140).

Na síntese de Stiglitz e Walsh, a economia contemporânea parte do pressuposto da escolha racional, isto é, de que “as pessoas pesam custos e benefícios de cada possibilidade sempre que precisam tomar uma decisão”; no caso dos indivíduos, “o postulado da racionalidade importa que estes realizam escolhas e tomam decisões em busca de seu auto-interesse”, enquanto que para as empresas “significa que estas irão operar para maximizar seus lucros” (Stiglitz, Joseph E.; Walsh, Carl E. *Principles of microeconomics*. 3ª ed. Nova York, W. W. Norton, 2002, p. 26, tradução livre. No original: “Underlying much of economic analysis is the basic assumption of rational choice, that people weigh the costs and benefits of each possibility whenever they must make a choice”; “In the case of individuals, the rationality assumption is taken to mean that they make choices and decisions in pursuit of their own self-interest”; “In the case of firms, the rationality assumption is taken to mean that firms operate to maximize their profits”).

Hoje, contudo, aponta Paula Forgioni “para os economistas, a racionalidade do agente econômico está ligada a um comportamento que visa à ‘maximização do seu proveito (*utility*) ou do seu lucro (*profit*)’. (...) A [racionalidade] econômica lida com as possíveis escolhas do agente econômico, dentro de uma ótica de maximização de seu proveito” (FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005, p. 538).

Conforme salienta Friedman, “a economia baseia-se nos postulados de que as pessoas têm objetivos razoavelmente simples, e que escolhem os meios corretos para atingi-los”; a racionalidade econômica importaria, tendo em vista esses objetivos, na “tomada da decisão correta acerca do que fazer” (FRIEDMAN, Milton. *Hidden order: the economics of everyday life*. Nova York: HarperCollins, 1996, pp. 4 e 7, tradução

estará comprovado o funcionamento não-concorrencial de um mercado e a atuação dependente entre os agentes. Mesmo assim, ainda restará pendente uma característica necessária para a comprovação do cartel, que é a existência de alguma prova concreta, visto que as características de mercado podem resultar em outras atividades que, apesar de prejudiciais à concorrência, não são proibidas pela lei.

livre. No original: “Economics is based on the assumptions that people have reasonably simple objectives and choose the correct means to achieve them”; “making the right decision about what to do”).

Assim, percebe-se a utilidade do critério da racionalidade para caracterizar o indício de um cartel. Decisões economicamente irracionais dos agentes podem demonstrar que o mercado não está funcionando sob o regime de concorrência, tal como se explica na seguinte passagem: “Em outras palavras, a decisão aparentemente unilateral de cada distribuidor para impor preço de revenda e dobrar as características restritivas foi irracional sob a presunção de concorrência: um teatro que não pretendesse estar sujeito às restrições teria procurado um distribuidor diferente. Em um mercado competitivo, um distribuidor que pudesse lucrativamente aumentar a sua participação de mercado eliminando as restrições certamente o faria” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed., Saint Paul: West Group, 1999, p. 172, tradução livre). No original: “In other words, each distributor’s apparently unilateral decision to impose resale price and double feature restrictions was irrational given the presumption of competition: a theatre that did not wish to be bound by the restrictions would have sought out a different distributor. In a competitive market, a distributor that could profitably increase its market share by eliminating the restrictions would do so”.

CAPÍTULO 4 – DEFINIÇÃO DE CARTEL

O significado hoje atribuído à palavra cartel, denotando espécie de comportamento concertado entre agentes econômicos que concorrem entre si, remonta à segunda metade do século XIX. Derivada do vocábulo latino *cartellus*, seu sentido primitivo mais comum era o de “carta de desafio, provocação”;¹⁷⁸ “a written challenge, a letter of defiance”;¹⁷⁹ “provocation en duel”;¹⁸⁰ “biglietto recante la sfida a un duello”.¹⁸¹⁻¹⁸²

De Plácido e Silva entende que esse campo semântico acabou por dar origem a seu sentido econômico, sustentando que “nesta significação de desafio se firmou o vocábulo, para designar a organização de ordem comercial, que tem por escopo restringir ou fazer frente à concorrência, da maneira mais proveitosa e durável para todos quanto dela participem”.¹⁸³

Atribui-se a Eugen Richter, parlamentar do *Reichstag* alemão, o primeiro emprego público da palavra cartel em acepção mais próxima da contemporânea, valendo-se dela para descrever, em 1879, um acordo feito por um grupo de fornecedores de trilhos e locomotivas para vender seus produtos a preços mais elevados que o normal no mercado doméstico.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Cartel (verbetes), in *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa* Caldas Aulete, v. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1978.

¹⁷⁹ Cartel (verbetes), in *The Oxford english dictionary*, v. II, s.e., Oxford: Clarendon Press, 1933.

¹⁸⁰ Cartel (verbetes), in *Nouveau Larousse universel*, t. I, s.e., Paris : Larousse, 1948.

¹⁸¹ Cartello (verbetes), in *Il nuovo Zingarelli: vocabolario della lingua italiana*, 11ª ed., Bologna: Zanichelli, 1990.

¹⁸² Sobre o emprego da palavra nessa acepção de “carta de desafio pela qual uma pessoa provoca outra a um combate singular” (“lettre de défi par la quelle on provoque quelqu’un à un combat singulier”), é interessante referir a notícia histórica de Marie-Nicolas Bouillet: “O uso dos cartéis [como carta de desafio] já existia entre os antigos: Plutarco relata que Antônio enviou um cartel a Augusto, que o recusou. Mas foi sobretudo na Idade Média, à época da cavalaria, que esse uso foi mais comum” (BOUILLET, Marie-Nicolas. Cartel (verbetes), in *Dictionnaire universel des sciences, des lettres et des arts*, 14ª ed., Paris : Hachette, 1884, tradução livre). No original: “L’usage des cartels existait déjà chez les anciens: Plutarque rapporte qu’Antoine envoya un cartel à Auguste qui le refusa. Mais ce fut surtout au moyen âge, à l’époque de la chevalerie, que cet usage fut le plus fréquent”.

¹⁸³ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. Cartel (verbetes), in *Vocabulário jurídico*, v. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973.

¹⁸⁴ Assim, Ervin Hexner: “Eugen Richter empregou pela primeira vez o termo ‘cartel’, em público, em 5 de maio de 1879, numa sessão do Reichstag alemão. Ele empregou essa palavra ao designar as negociações conduzidas por produtores de trilhos, locomotivas e estradas, pelas quais os compradores deste país pagavam preços mais elevados do que os praticados para os consumidores estrangeiros” (HEXNER, Ervin. *International Cartels*, 1945., Trad. esp. de Samuel Cosío Villegas. *Cárteles internacionales*, Pánuco, Fondo de Cultura Económica, 1950, p. 17). No original: “Eugen Richter empleó por primera vez el término ‘cártel’, en público, el 5 de mayo de 1879, en una junta del Reichstag alemán. Empleó este termino al designar las negociaciones efectuadas por los productores de rieles, vías e locomotoras, debido a las cuales los

Atualmente, a palavra cartel é registrada nos dicionários como “acordo comercial entre empresas, visando à distribuição entre elas das cotas de produção e do mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência”;¹⁸⁵ ou “acordo comercial entre empresas vendedoras, as quais, embora conservem a autonomia interna, se organizam em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência”.¹⁸⁶

O atual significado do vocábulo cartel, portanto, parece misturar idéias situadas a sua origem, dificultando a fixação de um conceito objetivo. Ademais, tais definições são marcadas por relativa atécnica, o que também ocorre em certa medida com aquela encontrada na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, que o registra como sendo

em sua essência, um acordo entre empresas que o celebram a fim de adotar uma política comum de negócios, sobretudo com vistas à comercialização de bens. Essa política comum tanto pode dizer respeito ao preço, quanto às condições de pagamento ou de crédito, bem como ao estabelecimento de quotas, à divisão do mercado, à apresentação e à qualidade do produto vendido. As empresas assim cartelizadas continuam basicamente livres e autônomas, quer econômica, quer juridicamente, podendo desvincularem-se do acordo e voltar a uma posição concorrencial frente às antigas parceiras¹⁸⁷

No direito positivo, a previsão específica é dada pela Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência), que trata das infrações à ordem econômica. Seus artigos 20 e 21 contêm todos os elementos necessários para a formulação do conceito de cartel, apesar de não haver uma definição direta.¹⁸⁸

compradores de este país pagaban precios más elevados que los exigidos a los consumidores extranjeros”. No mesmo sentido, cf. *Encyclopedia britannica*, v. 4, 1971, verbete Cartel.

¹⁸⁵ *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, verbete *Cartel*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

¹⁸⁶ *Dicionário da língua portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, verbete *Cartel*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

¹⁸⁷ NUSDEO, Fábio. *Cartel* (verbete), in FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 13, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 353.

¹⁸⁸ Lei nº 8.884/94, artigo 20: 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; IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II. § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Lei nº 8.884/94, artigo 21: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo

Entretanto, o ordenamento jurídico não prevê expressamente a definição de cartel, sendo que essa palavra sequer é encontrada na legislação. As normas apenas se referem aos acordos celebrados entre os agentes e, no caso dos cartéis, aos acordos relacionados às relações econômicas entre os agentes.

Com base na previsão legal, a doutrina especializada propõe a definição de cartel. Além da doutrina brasileira, a doutrina norte-americana também serve de apoio aos autores nacionais para a definição de cartel por ser a mais antiga e a mais consolidada sobre o assunto – portanto, é grande a sua importância no contexto internacional.

O conceito de cartel é o mesmo nos dois países, mas as hipóteses de punição variam em função do método de análise. A análise dos casos de cartel no Brasil é feita com

com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; X - 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; XI - 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; XII - 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; XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XIV - 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 anti-concorrenciais; XV - 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; XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada; XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt; XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada; XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XXIII - 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; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

base na regra da razão (*rule of reason*), a qual determina que somente podem ser punidas as práticas cujos efeitos anti-competitivos gerados ao mercado suplantem os efeitos pró-competitivos.¹⁸⁹ Ao contrário, nos Estados Unidos os cartéis são considerados ilícitos *per se*, isto é, a mera verificação de sua existência enseja punição pela autoridade competente.¹⁹⁰⁻¹⁹¹ Entretanto, tais diferenças não impactam na definição do instituto.

Partindo da doutrina nacional, J. X. Carvalho de Mendonça afirma que o cartel é

é o acordo temporário entre diversas empresas que exploram o mesmo ramo de produção, com o objectivo de exercer o monopólio no mercado, conservando, entretanto, cada uma dessas empresas, com a sua personalidade, uma parte da sua independencia economica.¹⁹²

¹⁸⁹ Nesse sentido, Gesner Oliveira aponta que no direito concorrencial brasileiro “tanto as práticas horizontais quanto as verticais devem ser analisadas caso a caso, levando em consideração não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dele decorrentes, a fim de apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor” (OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência - Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13). Em 1999, o CADE consignou expressamente na sua Resolução nº 20 que as práticas restritivas horizontais “podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anti-competitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva [horizontal] somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anti-competitivos” (Resolução nº 20 do CADE, Anexo I – Práticas restritivas: definições e classificação). Mais adiante, na mesma resolução, a adoção da regra da razão fica novamente clara, afirmando-se que “a análise da conduta específica, baseada no princípio da razoabilidade, conclui-se com a ponderação entre os efeitos anti-competitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão” (Resolução nº 20 do CADE, Anexo II – Critérios básicos na análise de práticas restritivas).

¹⁹⁰ As hipóteses consideradas ilícitos *per se*, portanto, não são objeto de qualquer cogitação de eventuais efeitos pró-competitivos, como ocorre na aplicação da mencionada regra da razão. Paula Forgioni esclarece que “a ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico: a partir do momento em que um ato é tomado como ‘ilícito *per se*’, é considerado restritivo da concorrência de forma não razoável, e deverá ser repudiado” (FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 209-210).

No mesmo sentido, explica Sérgio Varella Bruna: “segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta – tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes – são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que forem praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente” (BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997, p. 154).

¹⁹¹ “É tradicional no direito antitruste a postura mais rigorosa em relação à cooperação empresarial, sobretudo aquela que se resume à formação de cartéis de preços ou de quantidades produzidas. Nos EUA, por exemplo, esse tipo de acordo é ainda tratado como ilícito *per se*” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240).

¹⁹² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito commercial brasileiro*. vol. I, livro I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p. 306.

Tal definição centra-se mais no carácter privado dos cartéis, no que se refere à regulação das ações entre seus participantes, e deixa clara a diferença para com os processos de concentração de mercado.¹⁹³ Nusdeo segue a mesma linha de definição:

Trata-se de um acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades. Por se tratar de um acordo, as empresas nele envolvidas não perdem a sua autonomia ou a sua individualidade. Elas apenas se submetem aos termos do acordo no seu particular âmbito de aplicação.¹⁹⁴

Alinham-se também a esse raciocínio as definições encontradas nos dicionários de economia, que conceituam o cartel como sendo o “grupo de empresas independentes que formalizam um acordo para sua atuação coordenada, com vistas a interesses comuns”,¹⁹⁵ ou afirmam que:

Um cartel é um acordo formal entre firmas em um setor econômico oligopolizado. Os membros do cartel podem acordar sobre vários assuntos, tais como preço, produção total do setor, participações de mercado, alocação de consumidores, divisão de territórios, fraude à licitação, fixação de agências de vendas comuns, e a divisão dos lucros ou combinação dos mesmos. Cartel nesse sentido amplo é sinônimo para formas de colusão ‘explícita’.¹⁹⁶

Vale lembrar que tanto os cartéis quanto os processos de concentração são relações horizontais de mercado. Nos casos de atos de concentração horizontal¹⁹⁷ os

¹⁹³ Valendo-se de terminologia adotada pelo direito antitruste, o cartel classifica-se como “ato de cooperação empresarial”, em oposição aos “atos de concentração”. Sobre a dicotomia, considerando os atos de cooperação lícitos, esclarece Ana Maria de Oliveira Nusdeo que “enquanto as *operações de concentração* caracterizam-se pela formação de um centro único de decisões, em carácter permanente, e, assim, pelo desaparecimento de um ou mais agentes de mercado, unificados sob um comando único, a *cooperação entre empresas* não tem esse carácter. Neste último caso existe uniformização de políticas e condutas apenas no tocante a certos comportamentos de mercado, mas não à totalidade das atividades das empresas envolvidas. Assim, elas permanecem como agentes de mercado independentes, apesar da colaboração. Os acordos de cooperação normalmente são estabelecidos por *via contratual*, ao passo que as concentrações implicam uma *mudança de carácter societário*” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54, destacamos).

¹⁹⁴ NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 279-280.

¹⁹⁵ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2001, p. 84.

¹⁹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, disponível on-line em: <<http://www.oecd.org>>, pp. 18-19, tradução livre. No original: “A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these. Cartel in this broad sense is synonymous with ‘explicit’ forms of collusion”.

¹⁹⁷ Concentração horizontal é “aquela que se processa entre concorrentes”, ou, mais precisamente, entre empresas que “se incluem na mesma definição de mercado relevante” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 279). No mesmo sentido, Ana Maria de

agentes passam a atuar em conjunto, enquanto que nos casos de acordos horizontais,¹⁹⁸ tais como os cartéis, a independência entre as estruturas é mantida.

As relações horizontais se opõem às relações verticais de mercado. Aquelas são as que ocorrem entre agentes pertencentes ao mesmo mercado relevante, podendo ser estruturais (atos de concentração de qualquer espécie) ou de conduta (acordos de qualquer tipo). As relações verticais são aquelas que envolvem agentes que atuam em mercados relevantes diferentes, mas relacionados na cadeia produtiva. Nesse caso, estão abrangidos os atos (estrutura) e acordos (conduta) que interliguem agentes à montante com os agentes à jusante do processo produtivo, como ocorre entre os fornecedores de matéria prima e os fornecedores do bem finalizado que será entregue ao consumidor final.¹⁹⁹

A lei não proíbe *a priori* qualquer relação horizontal ou vertical entre os agentes de mercado, apenas no caso de limitarem ou prejudicarem a concorrência de algum modo. Portanto, todas as relações consideradas relevantes pelos critérios legais²⁰⁰ são analisados pelas autoridades de defesa da concorrência para saber se está ocorrendo algum prejuízo ao ambiente concorrencial.

As autoridades dão maior atenção à análise das relações horizontais porque “ao contrário das práticas verticais, as práticas horizontais foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere, devem concorrer no mercado e não cooperar entre si”.²⁰¹ Apesar de alguns autores afirmarem que “acordos horizontais neutralizam a concorrência principalmente entre os

Oliveira Nusdeo: “A concentração horizontal envolve duas ou mais empresas atuantes no mesmo mercado ou em mercados de produtos sucedâneos, que possam competir entre si” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46).

¹⁹⁸ Conforme definição de Paula Forgioni, acordos horizontais são contratos “celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 395). Os acordos horizontais podem ser, entre outros, acordos de exclusividade, acordos para pesquisa e desenvolvimento e acordos sobre condições de venda ou revenda.

¹⁹⁹ Também podem ser citados como exemplos de integração vertical os acordos celebrados com os fornecedores de matéria-prima ou com os prestadores de serviço e as aquisições de empresa detentora de rede de distribuição ou usina fornecedora de energia elétrica.

²⁰⁰ O artigo 54 da Lei nº 8.884/94 determina que “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade”. No caso das concentrações horizontais, há critérios objetivos que exigem a apresentação do ato para exame das autoridades quando for celebrado por empresas cujos faturamentos ou dos grupos econômicos a que estiverem ligadas superar 400 milhões de reais ou quando o ato resultar no controle de parcela de mercado superior a 20% (artigo 54, § 3º), mas para os demais casos prevalece a regra da possibilidade do ato limitar ou prejudicar a concorrência.

²⁰¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 40.

agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante”,²⁰² o que se pode garantir é que o potencial de dano está sempre presente, visto que em algumas raras situações pode haver benefício permanente ao mercado.

O cartel é uma espécie de acordo horizontal e, portanto, *a priori* estaria sujeito à análise quanto aos benefícios ou prejuízos gerados ao mercado. Contudo, a sua natureza faz com que sempre resulte em prejuízo ao mercado, pois o que se busca é o aumento dos preços, direta ou indiretamente.²⁰³ Portanto, pode-se dizer que “há um consenso de que seus efeitos sobre o mercado e o bem-estar são negativos”.²⁰⁴⁻²⁰⁵

Não é por menos que atualmente dá-se cada vez mais importância para o combate aos cartéis. “A maioria dos países considera os acordos de cartéis como as mais graves ofensas à concorrência e, em alguns deles, tal comportamento é processado criminalmente”,²⁰⁶ como ocorre no Brasil.

Outras definições focam menos a vinculação dos participantes e mais os objetivos perseguidos pelo cartel, pois esse elemento é indispensável para a configuração da prática ilícita no Brasil.

Nesse sentido, Forgioni afirma que “podemos dizer que os cartéis são acordos entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles e que tem seu objeto ou efeito tipificado no art. 20 da Lei 8.884, de 1994”.²⁰⁷ Tal definição aproxima a realidade aos dispositivos legais, deixando clara a necessidade da produção de efeitos.

Caminhando para uma linguagem mais ligada às ciências econômicas, temos as definições de Gesner e Rodas e Ruy Santacruz:

²⁰² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 396.

²⁰³ “Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis” (DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a cartéis em licitações*: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação, Brasília, Publicação Oficial, 2008, p. 8).

²⁰⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 40.

²⁰⁵ Esse é o mesmo pressuposto que justifica a condenação *per se* dos cartéis em outras jurisdições, tal como a norte-americana. Cf. FERSHTMAN, Chaim; PAKES, Ariel. *A dynamic oligopoly with collusion and price wars*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, February, 1999, p. 4.

²⁰⁶ BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, p. 62.

²⁰⁷ FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 400.

O cartel constitui um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro.²⁰⁸

Cartel é um acordo entre empresas com o objetivo de elevar os preços ao comprador, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio.²⁰⁹

Com base em tais definições, conclui-se que o objetivo final do cartel seria transformar as condições do mercado sobre o qual atua para que fiquem idênticas às encontradas nas situações de monopólio, ou seja, os agentes passariam a atuar como se fossem apenas uma. Ruy Santacruz descreve os objetivos pretendidos pelos participantes do cartel e as conseqüências que dele decorrem:

O cartel visa a obtenção de lucros superiores aos que seriam alcançados na ausência de acordo. Nesse caso, o mercado passa a se comportar como num monopólio, e a condição de maximização consideraria a soma dos lucros de todas as empresas. O resultado conjunto obtido seria, portanto, a redução da quantidade total demandada e o aumento dos preços (e dos lucros totais), implicando a apropriação pelas empresas em colusão do excedente do consumidor, que teria seu bem-estar reduzido.²¹⁰

Nesse contexto, cabe distinguir a situação de monopólio do processo de monopolização. Hovenkamp esclarece que enquanto o monopólio é estático, a monopolização é dinâmica.²¹¹ Certamente essa distinção não se refere à estrutura de mercado, que tanto no monopólio quanto no oligopólio ou em mercados atomizados é dinâmica, mas se refere à atividade exercida pelos agentes.

Na condição de monopolista, o agente econômico é o único que atua no mercado relevante e, portanto, atuará livremente como julgar mais adequado de acordo com sua estratégia de negócio. A tendência é que fixe o preço no valor mais alto possível, visto que os compradores não terão outra opção de compra, mas poderá agir de forma diferente caso pretenda evitar ao máximo a entrada de outros agentes – como se sabe, quanto maior for o

²⁰⁸ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, pp. 41-42.

²⁰⁹ SANTACRUZ, Ruy, *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In: MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 415.

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 418.

²¹¹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, pp. 17-26.

lucro, maior será a disposição dos agentes econômicos externos para entrar no mercado,²¹² portanto, se mantiver os preços no valor máximo possível, poderá perder a condição de monopolista ou terá que gastar muito em estratégias para evitar a entrada.²¹³⁻²¹⁴

O monopólio é uma situação de equilíbrio do mercado, cujas perdas não podem ser evitadas, a menos que se adote uma política de intervenção econômica, posto que a mudança deste cenário somente poderá ser feita através de medidas estruturais. O preço pago pelos compradores é mais alto do que seria em um hipotético mercado competitivo, mas é o preço real que se cobra no mercado monopolístico – não existe um mercado melhor que esse para o produto que é negociado.

Existem até mesmo situações em que os monopólios devem ser vistos com bons olhos, como no caso de monopólios naturais ou mercados beneficiados por leis de direitos de propriedade intelectual. No primeiro caso, cujos maiores exemplos são os mercados dos serviços de infra-estrutura (água, luz, energia e telecomunicações), geralmente há regulação estatal e os efeitos do monopólio são atenuados. Nos mercados beneficiados por direitos de propriedade intelectual, cujos exemplos são os mercados farmacêutico e de software, os compradores efetivamente ficam submetidos aos preços monopolísticos.

Em ambos os casos, é melhor que exista um mercado sob monopólio que nenhum mercado. A perda para os demais agentes seria muito maior se não houvesse a disponibilidade do produto ou serviço no mercado. No caso dos monopólios naturais, a estrutura de custos e preço não permite a presença de mais de um agente, posto que o custo fixo e a escala mínima viável também são excessivamente altos. Portanto, a entrada de novos agentes causaria perdas maiores que os benefícios, fazendo com que o saldo do bem-estar social seja negativo.

No caso dos mercados protegidos por leis de marcas e patentes, caso as proteções legais inexistissem, não haveria incentivos para o desenvolvimento dos produtos e os

²¹² “The more profitable the monopoly, the more that potential entrants will be willing to spend in order to enter the market, and the more the monopolist will spend to keep them out” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, pp. 20-21).

²¹³ Cf. CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: McGraw-Hill, 2000, pp. 123-134; e HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999.

²¹⁴ O monopolista não pode ser condenado por prática anti-concorrencial se cobrar os preços de monopólio, pois apenas está seguindo a regra de mercado (no caso de empresas que se tornem monopolistas após a eliminação natural de outras empresas do mercado: art. 20, §1º, Lei nº 8.884/94). Contudo, caso inicie práticas para evitar a entrada de novos competidores, estará sujeito à punição (art. 20, II e IV e art. 21, IV, Lei nº 8.884/94).

mercados simplesmente não existiriam, posto que os custos de pesquisa e desenvolvimento são extremamente altos.²¹⁵

Assim, as perdas de mercado resultantes do monopólio não provêm dos altos preços cobrados pelos produtos, mas da perda do poder de escolha dos compradores,²¹⁶ que passam a se conformar com a segunda opção, mesmo que menos eficiente²¹⁷ que aquela inicialmente pretendida (*second-best*).²¹⁸

Ao contrário, a tentativa ou processo de monopolização são as ações praticadas por agentes que participam de um mercado oligopolista ou até mesmo competitivo²¹⁹ que tentam criar um ambiente artificial equivalente ao de uma estrutura monopolística. Nesse caso, há possibilidade para que os compradores paguem um preço menor pelos produtos, caso o mercado funcionasse livremente, mas os conspiradores não permitem.

Diante disso, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não pune as práticas normais de mercado, mas sim as práticas que restringem ou limitam a concorrência e, nos casos de cartel, que tendem a buscar a situação de monopólio.

A mera existência dos acordos não é punível pela legislação brasileira, mas sim os acordos que (i) visam a produção de efeitos deletérios ao mercado ou, mesmo que tenham outro objeto, (ii) possam produzir tais efeitos, conforme preceitua o *caput* do artigo 20 desta lei.²²⁰

Conforme explica Ascarelli, já àquela época era vedada e punida pela legislação brasileira (Decreto-lei nº 869/38) a celebração de acordo que “dificultando a concorrência visa aumentar, arbitrariamente, o lucro ‘normal’”.²²¹ Atualmente, de modo ainda mais amplo, a Lei nº 8.884/94 pune todos os atos que, independentemente de culpa, atinjam a

²¹⁵ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West, 1999, p. 19.

²¹⁶ Idem, ibidem, p. 20.

²¹⁷ Nesse caso, menos eficiente pode ser um produto menos adequado aos fins do adquirente, com menor qualidade, menor durabilidade ou simplesmente pelo fato de não ser a escolha principal do agente, que poderia tê-la a preços menores.

²¹⁸ Cf. SCHERER, F. M.; ROSS, D. *Industrial market structure and economic performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990, pp. 33-8; CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: McGraw-Hill, 2000, pp. 761-5 e 788; e LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. *The general theory of second best*, in *The review of economic studies*, vol. 24, nº 1, 1956-1957, pp. 11-32.

²¹⁹ A prática de cartéis é desenvolvida com maior facilidade em mercados oligopolizados, conforme se explicou no capítulo 3, mas não deixa de ser possível nos mercados competitivos.

²²⁰ Lei nº 8.884/94, artigo 20: 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.

²²¹ ASCARELLI, Tullio. *Os Contratos de Cartel e os Limites de sua Legitimidade no Direito Brasileiro*, In: ASCARELLI, Tullio. *Ensaios e Pareceres*. São Paulo:, Saraiva, 1952, p. 335.

finalidade ou tenham o potencial de alcançar os efeitos previstos pelos incisos do seu artigo 20:

- 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;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Tal punição se dá no âmbito administrativo e toma como base os efeitos produzidos ou potencialmente produzidos no mercado pelo ato praticado. Calixto Salomão esclarece como deve ser interpretada a potencialidade desses atos: “ainda que seja possível demonstrar a existência de acordo, este só será ilícito se tiver a capacidade de eliminar a concorrência”.²²²

Certamente, não se pode considerar essa assertiva como um mecanismo de defesa aos agentes de mercado que pratiquem a infração e tenham seu objetivo frustrado. O que deve ser lembrado é que o acordo celebrado deve conter os elementos mínimos que assegurem a sua efetividade. Independentemente da forma de sua operação e de seu resultado, deve ser possível alterar as condições de mercado – um acordo que reúna agentes econômicos que, por exemplo, detenham juntos apenas 5% da participação de mercado não será capaz de alterar os preços ou influenciar os demais agentes a se comportarem de maneira diversa, pois o acordo não terá poder de mercado. Da mesma forma que não é punido o crime impossível,²²³ não é punida a tentativa de cartel que não possa alterar as condições de mercado – nesse caso, seria o mesmo que punir alguém que, na tentativa de cometer um homicídio, atirasse com um revólver sem balas.

Schuartz explica que:

²²² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 161.

²²³ Previsto pelo art. 17 do Código Penal, o crime impossível – igualmente referido como tentativa impossível, tentativa inidônea e quase crime – é definido por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini como aquele “em que o agente de forma alguma conseguiria chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 188). Portanto, a prática de um cartel que não possa gerar efeitos no mercado insere-se no conceito de crime impossível por ineficácia absoluta do meio: “meio absolutamente inidôneo é aquele que, por sua essência ou natureza, é incapaz de produzir o resultado (ex.: arma de brinquedo ou descarregada; açúcar em vez de veneno) (...) ocorre impropriedade absoluta do objeto quando este não existe ou, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação (ex.: disparo em cadáver; prática abortiva em mulher não-grávida)” (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 100).

o uso da expressão tentativa no âmbito do Direito da Concorrência é guiado por regras de sentido peculiares a esse ramo do Direito, sendo justificado em razão da igualdade de efeitos associados aos casos ‘tentados’ (agora entre aspas) e ‘consumados’. *Stricto sensu*, não há infrações tentadas no Direito Antitruste; os atos que, por qualquer motivo, não lograrem alcançar os efeitos previstos nos incisos do art. 20 são ou infrações consumadas (quando puderem alcançar os efeitos) ou não são infrações (quando não puderem alcançar os mencionados efeitos).²²⁴

Portanto, a interpretação da Lei nº 8.884/94 deve obedecer às regras específicas desse ramo jurídico, de modo que as infrações poderão ser punidas se aperfeiçoadas ou simplesmente tentadas, desde que seu objetivo seja atingível.

As autoridades brasileiras também concebem suas próprias definições. A Cartilha do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) define o cartel como

um acordo entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando elevação de preços e lucros por meio da divisão de mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas de produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial.²²⁵

Para a SDE o “Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação”.²²⁶

No mesmo sentido, a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) define os cartéis como: “acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública”.²²⁷

Percebe-se que as definições são bastante similares e, tais como as definições encontradas na doutrina, incluem elementos que se referem aos objetivos dos cartéis e os mecanismos utilizados para atingi-los. A jurisprudência do CADE também se alinha a tais definições, posicionando-se do seguinte modo:

²²⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Monopolization”, “attempt to monopolize” e a interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8884, de 1994, In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, Malheiros, ano XXXIX, n. 119, julho-setembro de 2000, p. 136.

²²⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e bilíngüe, São Paulo: CIEE, 2007, p. 34.

²²⁶ DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a Cartéis em Licitações: Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*. Brasília: Publicação Oficial, 2008, p. 8.

²²⁷ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. *Glossário*, disponível on-line em: www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios, documento acessado em 11/05/2009.

Cartel é um acordo entre empresas no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado ou o mercado é dividido. Outras variáveis de mercado também podem ser consideradas no cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc. O objetivo do cartel é elevar os preços ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio.²²⁸

Entretanto, não parece ser útil tentar determinar as práticas que serão desempenhadas pelos agentes cartelizados para atingir sua finalidade, pois muitos são os métodos utilizados para aumentar o lucro. Basta saber que a ação do cartel primeiramente precisa alterar as condições de mercado para tornar manipuláveis as variáveis produtivas, para depois alterá-las conforme sua conveniência. A condição ideal para isso é a de monopólio, criada artificialmente pelo cartel.

Portanto, pode-se concluir que cartel é qualquer forma de acordo celebrado entre os agentes de mercado que vise e seja capaz de reproduzir no mercado relevante de um determinado produto ou serviço as condições de monopólio.

4.1. – A definição de cartel no âmbito penal

A definição de cartel sob a ótica penal segue os preceitos da Lei nº 8.137/90. O artigo 4º prevê duas situações diferentes nas quais se configura o cartel. O inciso I determina os crimes que são cometidos usando o abuso de poder econômico para restringir ou eliminar a concorrência e na sua alínea “a” indica o acordo entre empresas como um desses crimes.²²⁹ Partindo da definição elaborada no item anterior, cartel é qualquer forma de acordo celebrado entre os agentes de mercado que vise e seja capaz de reproduzir no mercado relevante de um determinado produto ou serviço as condições de monopólio. Portanto, ela coincide com a definição contida no preceito da alínea acima citada.

Da mesma forma que o artigo 20 da Lei nº 8.884/94, o artigo 4º, I da Lei nº 8.137/90 exige que o acordo entre empresas seja capaz de dominar o mercado ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência. Portanto, as características examinadas no capítulo 3 precisam estar presentes no mercado e todos os critérios adotados para a definição de cartel

²²⁸ Voto do Conselheiro Relator Ruy Afonso de Santacruz Lima no Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48, p. 01.

²²⁹ Lei nº 8.137/90, artigo 4º: Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas.

no início desse capítulo devem ser obedecidos para se caracterizar o cartel previsto nessa parte da lei penal. O cartel nesse caso é de apenas um tipo: o cartel formado para exercer abusivamente o poder econômico.

O inciso II do mesmo artigo 4º prevê expressamente a formação de acordo entre ofertantes que vise a fixação de preços, a divisão de mercados ou o controle da rede de distribuição ou de fornecedores.²³⁰ Assim, apesar do abuso de poder econômico poder incluir essas práticas, o inciso II dedicou hipóteses exclusivas para os cartéis, deixando no inciso I apenas a qualificação dos cartéis que visem a prática de outros atos de abuso de poder econômico, tais como os que visam impedir ou dificultar a entrada de novos agentes no mercado, a adoção de preço predatório ou práticas comerciais uniformes, açambarcamento de matéria-prima, entre outras.

Contudo, há uma diferença mais relevante entre os dois incisos. Enquanto o inciso I determina que o acordo entre empresas seja capaz de dominar o mercado ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência, o inciso II preceitua como crime todo e qualquer acordo que busque atingir as hipóteses previstas em suas alíneas, ignorando o fato desse acordo ser capaz ou não de produzir tais efeitos.

Assim, observa-se uma importante característica: o cartel não precisa ser capaz de gerar efeitos ao mercado, basta apenas visá-los.

Tendo em vista que a sanção prevista pelo artigo 4º da Lei 8.137/90 é a mesma para qualquer das hipóteses previstas em seus incisos e alíneas, pode-se concluir que para a lei penal o cartel é considerado um ilícito *per se*.²³¹ Os cartéis que constituem infração à ordem econômica e têm punição prevista pela Lei nº 8.884/94 também caracterizam crime à ordem econômica nos termos do inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/90. Mas os cartéis que não possam gerar qualquer efeito sobre o mercado constituem o mesmo crime, apesar de não configurarem infração administrativa à ordem econômica.

Essa constatação é extremamente relevante para diferenciar o ramo do direito a que se sujeita a violação legal. Mais que determinar que o cartel é crime mesmo que não possa produzir efeitos sobre o mercado, esse fato torna ilegal qualquer acordo que tenha como objeto a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; o

²³⁰ Lei nº 8.137/90, artigo 4º: Constitui crime contra a ordem econômica: (...) II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

²³¹ Vide nota 190.

controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ou o controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Ou seja, qualquer negócio jurídico cujo objeto seja algum dos indicados acima terá objeto ilícito e, portanto, será nulo por não atender ao requisito previsto pelo artigo 104, II do Código Civil.

4.2 – Os cartéis sob a ótica do direito civil

As legislações administrativa e penal são bastante específicas e abrangentes na regulação dos cartéis, sendo a origem de sua definição. Entretanto, esse fato não retira o caráter privado dos acordos que são celebrados entre os agentes de mercado.

O cartel funciona como um contrato para aqueles que dele participam, pois sob a ótica de seus membros (ponto de vista interno) o que se considera errado é a prática do ato lícito, ou seja, atuar livremente no mercado, pois isso caracteriza o descumprimento das regras e decisões do cartel. O correto para os cartelistas é a prática do ato ilícito, que sob a ótica dos demais participantes do mercado (ponto de vista externo) significa a prática de limitar a concorrência, vedada pela lei.

Tal raciocínio é embasado no fato do cartel ser criado pelo acordo das declarações de vontade de seus membros. Como se sabe, havendo declaração de vontade socialmente reconhecida como destinada a produzir efeitos jurídicos – no caso do cartel, a prática de atos concertados – e feita em nível de igualdade entre as partes – no caso do cartel, os agentes econômicos estão no mesmo plano hierárquico –, existe um negócio jurídico²³². De modo mais específico, o que é celebrado pelos membros do cartel é um contrato (escrito ou verbal), conforme explicação de Tullio Ascarelli.²³³

Outros autores vão mais além do ponto de vista do nível de vinculação das partes, equiparando os cartéis a sociedades, tal como entendimento de Calixto Salomão:

Não há porque não aplicar a teoria das relações contratuais de fato e os critérios para identificação das sociedades de fato à formação de cartéis. Esses podem ser vistos, na verdade, como sociedades de fato, pois há a conjunção de objetivos e repartição de proventos (ainda que de forma

²³² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Tese apresentada em concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, pp. 20-24.

²³³ ASCARELLI, Tullio. *Conclusão de um contrato de Cartel*. In: ASCARELLI, Tullio. *Ensaios e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, pp. 215-22.

indireta, como consequência dos movimentos conjuntos e comuns de preços), desde que haja continuidade e habitualidade da conduta.²³⁴

O Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas também previa o cartel como um contrato de sociedade cuja constituição seria proibida nos termos do artigo 3.046, 3º²³⁵ c/c o artigo 3.047.²³⁶ Apesar de ambos os artigos estarem inseridos no Capítulo XIII, que trata “Do Contrato de Sociedade”, percebe-se que o texto se refere ao cartel como “sociedade”, “convênio” ou “conluio”.

De todo modo, as sociedades não deixam de ser negócios jurídicos, pois são negócios jurídicos plurilaterais.²³⁷ Portanto, o raciocínio não se altera. Segundo o Código Civil, não é proibida a celebração de negócios jurídicos. Todos podem ser celebrados desde que contenham os elementos mínimos de existência²³⁸ e obedeçam aos requisitos de validade.

²³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Apontamentos para Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéis*. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 121, ano XL, São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2001, p. 29.

²³⁵ Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, artigo 3.046: “São proibidas: (...) 3º As destinadas a embaraçar a liberdade do comércio, ou da indústria”.

²³⁶ Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, artigo 3.047: “Compreendem-se na proibição do artigo antecedente, nº 3: 1º As sociedades ou convênios entre comerciantes para venderem suas mercadorias, ou entre fabricantes para venderem seus produtos, por um preço taxado. 2º As sociedades ou conluios para impedir a concorrência de compradores nas vendas públicas”.

²³⁷ “Segundo a orientação privatista, dominante ainda hoje, o *contrato* é um instrumento destinado a resolver interesses em conflito, pretensões em luta. Na sua formação, defrontam-se *partes* que, constituídas por sujeitos singulares ou plurais, visam à satisfação do interesse diverso de cada qual, que lhe estrutura a vontade. Ocorre, também, que, ao lado desses negócios, outros se constituem, nos quais os distintos interesses das partes convergem para fim comum. Tais negócios não devem ser inseridos na categoria de contrato, por isso que, neles, a declaração de vontade das partes tem por fim a satisfação de *interesses paralelos*, e não de *interesses contrapostos*. A *sociedade* pertenceria à categoria desses negócios plurilaterais, porque os interesses dos que a constituem convergem para fim comum” (GOMES, Orlando. *Contratos* (atual.: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino), 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 478-479). Tullio Ascarelli esclarece que esse negócio jurídico pode ser considerado um contrato e distingue-se fundamentalmente “pela possibilidade de participação de mais de duas partes” e “pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direito, de outro” (ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 275). Vale lembrar que a categoria dos contratos plurilaterais também foi empregada pelo legislador do Código Civil de 2002 na elaboração da atual disciplina societária (cf. MARCONDES, Sylvio, *Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil*. In: *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 13).

²³⁸ Partindo da explicação de Junqueira de Azevedo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 31-61), os elementos de existência são classificados em gerais, categoriais ou particulares. Os elementos categoriais são aqueles que não influem exatamente na existência do negócio jurídico, mas sim na determinação da espécie de negócio que será formado e os elementos particulares são estabelecidos livremente pelas partes, podendo ou não estarem presentes no negócio jurídico. Já os elementos gerais do negócio jurídico interferem diretamente na sua existência. Eles se ramificam em elementos intrínsecos – quais sejam, a forma, o objeto e as circunstâncias negociais – e elementos extrínsecos – que são o agente, o lugar e o tempo do negócio. Os elementos gerais citados dispensam maiores explicações e também são chamados de elementos necessários ou suficientes, pois a ausência de qualquer um deles impossibilita a própria existência do negócio jurídico –

Com relação aos cartéis, os requisitos de validade ligados aos elementos de existência gerais extrínsecos, bem como à forma e às circunstâncias negociais, irão variar de acordo com a situação fática e, portanto, não é possível criar qualquer juízo de valor a respeito sem avaliar um caso concreto. Entretanto, com relação ao objeto, sabe-se que ele sempre será ilícito (conforme demonstrado no item 4.1), tornando o negócio jurídico inválido²³⁹.

Partindo da definição de que cartel é qualquer forma de acordo celebrado entre os agentes de mercado que vise reproduzir no mercado relevante de um determinado produto ou serviço as condições de monopólio, conclui-se que todo acordo que tenha tal objeto será um cartel e, portanto, ilícito²⁴⁰. Apesar disso, eles continuam sendo considerados negócios jurídicos existentes no sistema jurídico, tanto que podem servir de prova para a condenação do próprio cartel.

Conforme apontado anteriormente, há dúvidas sobre a natureza jurídica do cartel. Sabe-se que é um negócio jurídico e inválido, por ter objeto ilícito. Entretanto, não há consenso sobre a espécie de negócio jurídico.

Posner considera não apenas o cartel como um negócio jurídico, mas também coloca na mesma posição os conluíus tácitos²⁴¹. Tal assertiva não pode ser aceita no Brasil,

lembra Junqueira de Azevedo que os elementos gerais “são aqueles sem os quais nenhum negócio existe”, e que “a falta de qualquer um deles acarreta, pois, a inexistência do negócio” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34). Portanto, a ausência de qualquer um deles torna o negócio jurídico inexistente, apesar de cada um dos elementos influírem em graus diferentes sobre a existência do negócio jurídico. A falta dos elementos intrínsecos acarreta a formação de um mero fato jurídico (não de um negócio jurídico) e dentre os elementos extrínsecos, a falta do agente também impede a formação do negócio jurídico e a falta dos elementos tempo ou espaço impossibilita até mesmo a formação de um mero fato.

²³⁹ Código Civil Brasileiro, artigo 104: A validade do negócio jurídico requer: (...) II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

²⁴⁰ Decorre da definição de cartel que o seu objeto será sempre o aumento dos lucros dos membros através da diminuição da concorrência, mediante a prática de ao menos uma das seguintes ações, quando não estiverem cumuladas entre si ou com outras: fixação conjunta de preços; alocação de clientes ou territórios; ou fraude à licitação. Todas essas ações são vedadas pela Lei 8.884/94, visto que objetivam prejudicar e limitar a concorrência no mercado e aumentar arbitrariamente os lucros. Essa abordagem é muito mais ampla que aquela dada pelo Decreto-lei nº 869/38, pois este exigia que o ato fosse doloso e que a finalidade de impedir ou dificultar a concorrência visasse o aumento arbitrário dos lucros (portanto, cumulava o ato de dificultar a concorrência com o aumento arbitrário dos lucros), enquanto que a lei atual pune as práticas mesmo que sequer exista culpa do agente ou que os efeitos pretendidos não sejam alcançados e considera hipóteses autônomas (que podem ser configuradas isoladamente) a limitação ou prejuízo à concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Com relação aos acordos que não sejam capazes de produzir efeitos no mercado, eles continuam sendo ilegais com base no artigo 4º, II da Lei nº 8.137/90, conforme demonstrado no item 3.1 deste estudo.

²⁴¹ “Como Turner destacou no artigo que eu examinei previamente nesse capítulo, não há distorção de significados aceitos que consideram a colusão tácita como uma forma de concerto e não atividade unilateral. Se o vendedor A restringe a sua produção na expectativa que B faça o mesmo, e B restringe sua produção na mesma expectativa, há efetivamente um encontro de mentes – um entendimento mútuo – mesmo que não exista manifestação de comunicação” (POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago,

pois o conluio tácito é uma situação diferente. Apesar do autor afirmar que mentalmente as partes entram em acordo, o direito brasileiro somente considera como acordo a declaração de vontade, não sendo possível considerar a vontade não declarada da parte como juridicamente relevante.

O conluio tácito não pode ser classificado negócio jurídico, pois inexistente declaração de vontade. Ademais, sob o ponto de vista lógico, se o conluio fosse punido, a livre concorrência também seria, pois em ambos os casos os agentes econômicos observam os atos dos demais agentes e os movimentos de preço do mercado para tomar suas decisões. No caso do conluio, a diferença é que o mercado é oligopolizado e a pequena quantidade de agentes faz com que todos baseiem suas decisões nas dos outros, ao invés de tomá-las livremente como no caso de um mercado atomizado.²⁴²

Existem diversas espécies de cartel e organizados de formas diferentes, conforme se verá nos itens seguintes. Esses acordos podem tratar somente do preço ou podem determinar o território de atuação de cada um de seus membros e abarcar muitas outras atividades empresariais desenvolvidas pelos membros, passando a regular praticamente todos os atos dos agentes. Nos casos mais pontuais, as características presentes certamente fariam com que os cartéis fossem enquadrados na categoria dos contratos, mas nos casos de uma regulação mais abrangente das atividades dos seus membros, a situação se assemelharia a uma parceria ou sociedade.

Todavia, apesar de muitas vezes os cartelistas passarem a desenvolver suas atividades quase que conjuntamente e o fato da tentativa de monopolização do mercado transparecer ao mercado que todos os agentes atuam como se fossem apenas um, não pode ser esquecido um elemento essencial para a formação das sociedades. Além da comunhão de interesses e organização dos bens de produção para o desenvolvimento das atividades, deve haver *affectio societatis* entre as partes.

Em seu *Tratado de direito commercial brasileiro*, J. X. Carvalho de Mendonça já elencava a *affectio societatis* entre as “condições específicas do contracto de sociedade”, referindo-na como a “cooperação activa dos socios para conseguirem o fim comum”:

2001, p. 94, tradução livre). No original: “As Turner pointed out in the article that I discussed earlier in this chapter, there is no distortion of accepted meanings in viewing tacit collusion as a form of concerted rather than unilateral activity. If seller A restricts his output in the expectation that B will do likewise, and B restricts his output in a like expectation, there is a literal meeting of the minds – a mutual understanding – even if there is no overt communication”.

²⁴² Vide nota 103.

As condições específicas do contrato de sociedade commercial são: (1) A cooperação activa dos socios para conseguirem o fim commum; (2) A formação do capital social; (3) A participação de cada socio nos lucros e a contribuição nas perdas pelo menos até o valor conferido na sociedade.²⁴³

Dizem commumente os tratadistas que os contractantes da sociedade devem ter a vontade de forma-la. Ulpiano denominou-a *affectio societatis*, exprimindo a intenção de reunir esforços para a realização do fim commum. (...) O elemento intencional, o consentimento dos contractantes sobre certo objecto é condição da essencia de todos os contractos. *Certo é que se o especializa aqui*, exigindo que os contractantes manifestem claramente a *intenção de formar a sociedade*.²⁴⁴

Seguindo tal posicionamento, a quase totalidade dos autores comercialistas brasileiros, ao abordar a matéria societária, consideram que o elemento *affectio societatis* precisa estar presente para a caracterização do contrato de sociedade. Rubens Requião esclarece que a *affectio societatis* é um “elemento característico do contrato societário altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a ser confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida”.²⁴⁵

Vera Helena de Mello Franco considera que esse elemento é fonte do

dever de colaboração para realizar o fim comum” e sustenta que “desde o momento da conclusão do contrato os sócios comprometem-se a adequar seus comportamentos para a realização do fim comum, conforme o vínculo associativo que está expresso na idéia de *affectio societatis*”.²⁴⁶

Os autores civilistas também se valem da *affectio societatis* para caracterizar o contrato de sociedade, tal como se observa nos textos de Silvio Rodrigues²⁴⁷, Caio Mário da Silva Pereira²⁴⁸, e Washington de Barros Monteiro.²⁴⁹

²⁴³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. III, livro II, São Paulo: Duprat e Cia., 1914, p. 16-17.

²⁴⁴ Idem, ibidem, p. 17.

²⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. 1, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 365.

²⁴⁶ Ainda sobre a relação entre *affectio societatis* e deveres dos sócios, esclarece a autora: “*Affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunto, a fim de obter determinado benefício, e o elemento confiança é da essência da sociedade. Por tal razão é dever do sócio colaborar lealmente para a consecução do fim comum. Se o sócio falta com este dever, rompe-se a *affectio societatis* e a sanção é a exclusão” (FRANCO, Vera Helena de Mello, *Manual de direito comercial*, v. 1, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 176-7).

²⁴⁷ “O que nitidamente caracteriza o contrato de sociedade é o propósito, comum aos contratantes, de se unirem para alcançar um resultado almejado. A esse fator subjetivo a doutrina dá o nome de *affectio societatis*. Constitui ele o elemento subjacente e fundamental do conceito de sociedade.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 3, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 311-312).

Orlando Gomes considera que a *affectio societatis* é o verdadeiro traço distintivo da sociedade por caracterizar uma “vontade de cooperação, de realização, em comum, de um fim preestabelecido”²⁵⁰ e afirma que:

A *affectio societatis* é o elemento psicológico considerado decisivo para a caracterização do contrato, elemento que possibilita distingui-lo de figuras afins, como a parceria, a edição, certos contratos de trabalho e, de modo geral, os *negócios parciários*, nos quais, conforme noção pacífica, promete alguém determinadas prestações em troca de participação no que outrem venha a obter.

Não é fácil fixar em fórmula precisa e clara o elemento subjetivo do contrato de sociedade. Não basta defini-lo como o propósito de cooperar. É mais alguma coisa, ‘o sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade, reverterá em proveito de todos’.

Expressa-se, todavia, em termos mais objetivos, se encarado sob o aspecto de *partilha obrigatória dos lucros e perdas*.²⁵¹

No caso dos cartéis, inexistente esse elemento. Ao contrário, mesmo existindo união de interesses para a maximização dos lucros e aumento de preços (direta ou indiretamente), conforme se verá no item 4.3 os membros do cartel não desfrutavam de uma relação amistosa e não têm qualquer desejo de beneficiar a todos com o esforço comum.

Todos visam o interesse meramente individual e, caso consigam expulsar do mercado os demais agentes não participantes do cartel, provavelmente passarão a brigar entre si para conquista de maior participação e poder de controle sobre o mercado. Nas palavras de Carlos Jacques Gomes,

cada oligopolista está interessado no seu próprio lucro, o que estimula, diante de certas circunstâncias, a romper com o acordo firmado. Por exemplo, as curvas de custos dos oligopolistas podem apresentar variações; as empresas mais eficientes estarão, em consequência, fortemente incentivadas a engajar-se em cortes de preços disfarçados, de modo a ganhar vendas adicionais equivalentes ou acima de seu custo marginal, mas abaixo do preço de ‘mercado’.²⁵²

²⁴⁸ “A sociedade pressupõe elemento anímico, *affectio societatis*” (SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, v. 3, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 391). “As sociedades e associações civis têm na vontade dos seus membros (*affectio societatis*) o princípio genético de sua constituição” (SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, v. 1, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 216).

²⁴⁹ “O traço de união, o vínculo de colaboração, o sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade, reverte em proveito de todos” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das obrigações*, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 299).

²⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos* (atual.: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino), 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 481.

²⁵¹ Idem, ibidem, p. 482.

²⁵² GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 128.

Tullio Ascarelli contribui de forma peremptória nesse sentido, ao afirmar que o cartel está incluído na categoria dos *contratos de comunhão de escopo*:

Cada uma das partes [do cartel] visa a consecução de um escopo comum: disciplinar a concorrência de modo a resultar em vantagem a todos os que participam do cartel. (...) Esta comunhão de escopo, por sua vez, reflete-se na identidade jurídica das prestações de cada uma das partes: enquanto idêntica àquela da outra (por exemplo, não vender abaixo de certo preço) ou, se materialmente diversa (por exemplo, vender somente na região da Lombardia a uma das partes, vender somente na região do Lazio à outra parte), é juridicamente do mesmo tipo.²⁵³

Os contratos de comunhão de escopo opõem-se aos contratos de intercâmbio, conforme esclarece Eros Grau a partir de lições de Rudolph von Ihering:

[nos contratos de intercâmbio] os interesses estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é meu lucro (*‘sein Schaden mein Gewinn’*).²⁵⁴

Nos contratos de comunhão de escopo, por sua vez, os interesses das partes são *paralelos* – para Paula Forgioni existe uma “base de interesses comuns” –,²⁵⁵ de modo que “se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que caracteriza [essa categoria contratual], o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem (*‘sein Vorteil mein Vorteil, mein Vorteil sein Vorteil’*)”,²⁵⁶

A mesma dicotomia é empregada por Clóvis do Couto e Silva ao discorrer acerca dos distintos graus de intensidade em que a boa-fé objetiva operaria, discernindo os negócios meramente bilaterais (*mea res agitur*) dos negócios de cooperação (*nostra res agitur*).

²⁵³ ASCARELLI, Tullio. *Consorti volontari tra imprenditori*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1937, pp. 38-39. No original: “[C]iascuna delle parti mira però al raggiungimento di uno scopo comune: quello della disciplina della concorrenza che ridonda a vantaggio di tutti quanti partecipano al cartello. (...) Questa comunanza di scopo a sua volta trova riscontro nella identità giuridica delle prestazioni di ciascuna parte: ciascuna parte si obbliga ad una prestazione che è giuridicamente identica a quella dell’altra (per es. non vendere al di sotto di un certo prezzo) o che, se anche materialmente diversa (per es. vendere in Lombardia per una parte, vendere nel Lazio per l’altra), è giuridicamente dello stesso tipo”.

²⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo* – Estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 92.

²⁵⁵ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005, p. 122.

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo* – Estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 92.

Nos primeiros, “o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica, encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante”,²⁵⁷ enquanto nos últimos “a cooperação se manifesta em sua plenitude, (...) cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum”.²⁵⁸

Os cartéis, pois, pertencem à categoria dos negócios jurídicos e, apesar de não poderem ser equiparados às sociedades, podem ser classificados como contratos de comunhão de escopo, pois os seus membros almejam o mesmo objetivo, qual seja, o de auferir lucro monopolístico sobre a venda de seus produtos. Lembre-se, contudo, que são contratos nulos, por seu objeto ser ilícito.

4.3. – Elementos componentes, tipos de cartéis e formas de atuação

Os elementos que compõem os cartéis e podem ser identificados em abstrato são a forma, as partes e o objeto. Quanto ao tempo, lugar e circunstâncias negociais, elas variam caso a caso e somente podem ser analisadas num caso concreto.

Não há limitação sobre o número de partes, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas em número sempre superior a dois. Os membros do cartel não podem ser confundidos com os integrantes de um determinado mercado: um cartel integrado por dois agentes não se confunde com um duopólio, pois apesar do cartel ter apenas dois membros, o mercado afetado pode ter muitos outros. Os cartéis não costumam ser formados por muitas partes, pois isso dificulta a sua operação e facilita a detecção pelas autoridades.

O objeto de um cartel é ilícito, conforme análise feita pelos itens anteriores desse capítulo. A forma não é prescrita em lei e, apesar do contrato ser um negócio jurídico nulo em função do seu objeto ilícito, sua forma pode ser escrita ou oral.

Os cartéis podem ser de diversos tipos, sendo que a classificação mais tradicional leva em consideração o seu modo de operação e os divide em cartéis Tipo I (ou cartéis clássicos) e Tipo II. Os cartéis Tipo I são aqueles que determinam o aumento direto de preços, enquanto que os cartéis Tipo II tomam medidas que causam desvantagens aos rivais e os levam à redução de produção que, por resultado, geram um aumento de preço.²⁵⁹

²⁵⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 30.

²⁵⁸ Idem, ibidem, p. 31.

²⁵⁹ LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. *The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules*, in *Wisconsin law review*, vol. 2000, nº 941, 2000, p. 941.

Mesmo no caso dos cartéis Tipo I, existem algumas variações, incluindo não apenas os aumentos diretos de preço como a divisão de mercado, fraude à licitação e determinação de clientes ou territórios exclusivos.²⁶⁰ O combate a esse tipo de cartéis é prioridade na grande maioria das jurisdições, pois “os cartéis ‘clássicos’, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anti-concorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente”.²⁶¹

O CADE também já se pronunciou sobre esse tipo de cartel, ao afirmar que

o mais grave delito previsto na legislação de defesa da concorrência e que é penalizado de forma mais severa na totalidade dos países que possuem esse instrumento legal é o Cartel Clássico ou Integral. Este é definido como acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de mecanismo de coordenação institucionalizado, seja por reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento ou outros meios factíveis. Isto é, sua ação não decorre de situação de eventual coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.²⁶²

Lande e Marvel consideram essa classificação insuficiente e inovam com a classe de cartéis Tipo III, que inclui os conluíus que criam regras específicas para os membros de modo a terem vantagem sobre os demais agentes do mercado. Dentre as possíveis regras, estariam a limitação à propaganda e outras formas de dificultar a diferenciação dos produtos, discriminação de preços e política de descontos. Essa espécie de cartel teria o funcionamento inverso ao dos cartéis Tipo II, pois ao invés de prejudicar os concorrentes, ele beneficia os membros do cartel, fato que do mesmo modo cria um distanciamento de custo entre os agentes.²⁶³ Obviamente, o resultado é o mesmo: aumento do preço e prejuízo para os consumidores e demais agentes econômicos.

²⁶⁰ Idem, ibidem, p. 945.

²⁶¹ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. *Glossário*, disponível on-line em: www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios (documento acessado em 27/11/2009).

²⁶² Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado proferido nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.006844/2000-45, pp. 5-6.

²⁶³ LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. *The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules*, in *Wisconsin law review*, vol. 2000, nº 941, 2000, pp. 941-999.

Outra classificação divide os cartéis quanto ao tipo de indústria e os separa entre cartéis de bens e cartéis de serviços, conforme eles congreguem agentes fornecedores de bens de consumo ou agentes que oferecem a prestação de serviços, respectivamente.

Quanto ao objeto, os cartéis podem ser divididos nas modalidades mais comuns, quais sejam:²⁶⁴ cartéis de fixação de preço, cartéis de divisão de mercado e cartéis de fraude à licitação. Cretella Júnior também identifica os principais tipos de cartel ao analisar a Lei nº 8.884/94, pois reconhece que incorre nas infrações dos artigos 20 e 21 aqueles que acordem preços ou condições de compra ou de venda, dividam mercados ou pratiquem qualquer tipo de conchavo que gere prejuízo ao mercado.²⁶⁵

Em qualquer das modalidades, apesar buscarem objetivos imediatos diferentes, o resultado final pretendido é sempre o mesmo. Os agentes econômicos sempre buscam a maximização dos lucros e, portanto, a situação de monopólio, visto que é o cenário no qual podem ser atingidos os maiores lucros possíveis: os lucros monopolísticos. Assim, os agentes buscam estratégias que visam sempre a eliminação dos demais agentes do mesmo mercado relevante ou, quando não é possível, estratégias de acordos com os demais agentes para criarem artificialmente a condição de monopólio.²⁶⁶

Não há como identificar todos os tipos de cartéis formados pelos agentes de mercado e a forma de sua operação, visto que podem adotar as mais variadas formas, tal como ocorre com qualquer outro contrato, lícito ou não. Com relação aos cartéis de fixação de preço, apesar de a primeira vista parecer que o modo de atuação seria único e óbvio, através da fixação direta de preços, o seu funcionamento também pode ocorrer de inúmeras maneiras diferentes. Além da fixação do preço de venda do produto, dentre outras possibilidade, pode ser determinado um percentual de aumento do preço, uma fórmula para formação do preço, uma diferença fixa de valor entre os valores dos produtos de cada um dos membros, a eliminação de descontos, uma política única de descontos, condições de

²⁶⁴ “Todos [os acordos de cartel] reduzem a produção e elevam os preços, eliminando a concorrência entre as partes do acordo. Os tipos mais comuns de acordos de cartel entre vendedores são os de fixação de preços, fraudes licitatórias, acordos de alocação de clientes ou de territórios e acordos de restrição de produção. Os mais comuns entre compradores são os cartéis de fixação de preços, acordos de alocação e fraudes licitatórias” (BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, pp. 65).

²⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste (Lei nº 8.884 de 11.06.1994)*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 76-77 e 81.

²⁶⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 397-398.

venda uniformes, uma ordem para retirada de alguns produtos do mercado, diminuindo a oferta e o poder de escolha dos compradores.²⁶⁷

Da mesma forma, os acordos de divisão de mercado também são diversificados. Pode ser feita pela alocação de clientes, divisão de território, fixação de clientes exclusivos, delimitação de área de entregas, dentre outras opções. “Os acordos de divisão de mercados podem ter um impacto maior sobre a concorrência do que os de fixação de preços”,²⁶⁸ pois ao contrário destes, os cartéis de divisão de mercados além de aumentarem os preços pagos pelos compradores, geram muitas outras ineficiências em função da má alocação dos recursos. Um cliente que antes era atendido por um fornecedor próximo, se deslocando pouco para efetuar a compra, pode ser alocado para outro membro do cartel que esteja estabelecido em local mais distante. Assim, o fornecedor que lhe é próximo passa a cobrar muito mais caro ou simplesmente deixa de vender e faz com que o comprador se desloque muito mais para que possa comprar o produto a preço razoável.

No caso dos cartéis de licitação, o objeto das decisões é fraudar o preço das compras públicas, de modo que o membro do cartel escolhido para vencer a concorrência já oferece preço acima do mercado e os demais membros apresentam valor ainda mais alto. Nesses casos, um fenômeno bastante comum é que a variação da diferença entre os preços seja muito maior que a variação do preço médio.²⁶⁹ Em outras palavras, ocorre a uniformização do custo e do preço dos agentes. Tal movimento é uma decorrência lógica da unificação de decisões e diminuição de investimentos em diferenciação do produto decorrentes do conluio.

Independentemente da classificação e do método utilizado, todos os cartéis visam o aumento dos preços. Assim, o importante é saber identificar a existência de um cartel e o seu modo de funcionamento, independentemente da sua forma de organização.

A atuação de um cartel no mercado sempre levará elevará o custo dos compradores e resultará na perda de bem-estar social.²⁷⁰

²⁶⁷ BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, p. 67.

²⁶⁸ BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, p. 71.

²⁶⁹ ABRANTES-METZ, Rosa M., FROEB, Luke M., GEWEKE, John F., TAYLOR, Christopher T., A variance screen for collusion, *International Journal of Industrial Organization*, v. 24, 2006, pp. 467-486 (especialmente p. 473).

²⁷⁰ “A colusão compromete seriamente este processo [de concorrência], suprimindo a rivalidade natural entre as empresas e fazendo com que elas atuem mais como um monopólio. Essa conduta tem um efeito negativo imediato sobre os consumidores. Eles passam a consumir menos produtos e a pagar mais por estes. A colusão pode afetar negativamente todas as etapas do ciclo produtivo, pois pode provocar altas de preços ou restrições na disponibilidade de bens intermediários ou outros insumos necessários. Essa situação tem um

Em verdade, as perdas de bem estar social decorrentes de um cartel costumam ser ainda maiores que as perdas geradas por um monopólio, pois nesse caso a atuação do monopolista limita-se ao aumento do preço, visto que já goza de posição no mercado que possibilita o total controle da produção e do preço. Por outro lado, no caso dos cartéis, os participantes do conluio inicialmente precisam adotar práticas que artificialmente criem as condições de monopólio, em que o cartel poderá controlar a produção e preço. Ademais, o cartel tem um custo de operação que também é agregado ao aumento de preço e repassado aos compradores.

Outro elemento que eleva as perdas decorrentes de um cartel se comparadas às de um monopólio é o fato de os agentes cartelizados terem muito mais dificuldade para excluir do mercado os demais concorrentes, tanto pelo fato da situação criada ser artificial, como porque esses agentes já estavam estabelecidos no mercado e as condições de mercado não terem se alterado, em realidade.

Por fim, as perdas resultantes do cartel são maiores também em razão do fato de que o monopólio é formado por alguma vantagem competitiva adquirida pelo agente, inovação de produto ou serviço ou algum outro elemento que torna o monopolista mais habilitado para atender aos compradores que os demais agentes. Após esse ganho inicial, o mercado naturalmente expulsa os demais concorrentes e somente com a formação do monopólio é que o agente, único no mercado, passa a se aproveitar da situação. Por outro lado, o cartel cria uma situação artificial que não se embasa em qualquer ganho de eficiência prévio. Assim, sob todos os aspectos os compradores saem perdendo.²⁷¹

Portanto, independentemente da modalidade do cartel, mesmo que inicialmente as ações pareçam mais brandas ou menos danosas, o resultado final é sempre o aumento de preço e a imposição de grandes perdas ao mercado.

impacto direto sobre a lucratividade das empresas e sobre sua capacidade de concorrer. O custo maior de matérias-primas, devido à colusão entre os fornecedores de insumos, pode resultar em sérias desvantagens para os produtores de bens intermediários, bem como maiores custos para os consumidores finais” (Banco Mundial/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, p. 66).

²⁷¹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, pp. 163-164.

CAPÍTULO 5 – EFEITOS DAS CONDUTAS CARTELIZADAS

O processo de análise dos efeitos gerados por um cartel é bastante complexo, dada a dinâmica de mercado e as incertezas temporais quanto às atividades do acordo ilícito. Inicialmente, cumpre ressaltar que esse exame será realizado sob a ótica do direito civil, mas sem descuidar das importantes teorias econômicas que tratam do assunto. Ademais, sabendo-se que os efeitos gerados pelos cartéis atingem tanto os compradores como os fornecedores – sejam eles participantes e operadores do cartel ou não –, o estudo também tratará de forma apartada cada um desses pontos de vista.

Relembre-se a ressalva feita no Capítulo 2 sobre a linguagem utilizada neste estudo. As palavras “fornecedor” e “comprador” são utilizadas porque abrangem o maior número possível de agentes do mercado. Os consumidores certamente não estão sendo deixados de lado, que são os maiores prejudicados pelos cartéis. Ao contrário, estão contidos no conceito de comprador, que inclui também todo e qualquer outro agente que adquira os bens dos fornecedores, mesmo que não os utilize como destinatário final.

Os danos gerados para os compradores e, portanto, para toda a sociedade, dada a natureza do ato praticado, são bem mais amplos do que aparentam ser à primeira vista.

De um lado, podem ser enxergados os pretensos²⁷² benefícios trazidos aos cartelistas, que são: a cobrança de preço acima do valor normal de mercado por seus produtos, a redução dos investimentos na atividade empresarial (visando a diminuição do custo de produção) e o aumento do lucro geral do agente. Estes não podem ser classificados como prejuízos, pois eles representam a alteração imposta ao mercado, das quais decorrem as vantagens aos infratores.

Sob a ótica dos compradores, os efeitos gerados produzem os seguintes prejuízos: o pagamento de preço acima do valor normal de mercado (sobrepço ou *overcharge*²⁷³), a restrição ao desenvolvimento natural do mercado e a diminuição geral do bem-estar social²⁷⁴.

²⁷² Diz-se pretensos porque, como se verá mais à frente, nem sempre o saldo final do cartel é positivo para todas ou parte das empresas que dele participam.

²⁷³ A palavra *overcharge* é utilizada para se referir ao aumento dos preços gerado pelo cartel e pode ser tecnicamente definida pelos economistas como a transferência de receita dos compradores para os vendedores. (CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*. In *Research in law and economics*. Vol. 22, 2007, p. 60)

²⁷⁴ “Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma de elevação compulsória de preços ao comprador, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o fornecedor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a

A análise que passará a ser feita considerará a ótica do comprador e a do fornecedor – o foco principal é o fornecedor que participa do conluio, mas serão feitas referências aos demais fornecedores, que podem ser beneficiados ou prejudicados pelo cartel, voluntária ou involuntariamente, mesmo sem participar das decisões – conforme alguns pressupostos que devem ser esclarecidos. O Capítulo 4 mostrou que existem várias espécies de cartéis e o seu funcionamento pode seguir inúmeros caminhos diferentes.

Em qualquer das espécies, fato é que os cartéis sempre geram prejuízo ao mercado. A presença de inúmeras variáveis dificulta a análise dessas práticas ilícitas. Uma característica que está sempre presente é a desconfiança entre os membros, em razão das rotineiras tentativas de escape das decisões ou traição²⁷⁵⁻²⁷⁶.

Durante alguns períodos, as decisões do cartel são descumpridas e sua efetividade fica bastante comprometida. Também há períodos de calma em que os membros do cartel estão mais dispostos a cumprir as decisões e cooperar entre si, períodos estes que costumam suceder épocas de guerra de preços. Assim, nem sempre se pode considerar que a conduta dos participantes do conluio é uniforme e as decisões são cumpridas integralmente.

Ademais, alguns cartéis promovem apenas a combinação de preços ou a divisão de mercado, mantendo inalteradas todas as suas demais atividades, enquanto outros são muito mais abrangentes²⁷⁷. Existem também cartéis mal sucedidos, que trazem prejuízo aos

redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral” (SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In: MATOS, César (coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 415-416).

²⁷⁵ “Os membros do cartel convivem sob a égide de dois ordenamentos distintos: o regulamento do cartel e o ordenamento estatal que o proíbe. Ao cumprir as normas internas do cartel, os membros transgridem o ordenamento jurídico estatal, enquanto que a atuação conforme os preceitos daquele constitui infração às normas internas do cartel. Tanto a transgressão da ordem estatal quanto a infração ao regulamento do cartel são motivadas pelo mesmo fator, qual seja, a obtenção de lucros cada vez maiores. Se, num dado momento, o cartel é o meio hábil de maximização de vantagens, quando deixa de sê-lo, não há preocupação quanto ao seu desfazimento. O membro que vislumbra maiores vantagens em outro tipo de conduta não hesita em adotá-la: aumenta sua produção, reduz o preço de seu produto, vende fora de sua área, enfim adota a estratégia que lhe propicia maiores vantagens do que aquelas auferidas através do acordo.” (MALARD, Neide Teresinha. *O cartel*. In: *Revista de direito econômico*. Vol. 21. Brasília, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995, pp. 41).

²⁷⁶ “Os cartéis podem ser imperfeitos de outros modos – alguns membros podem trapacear, por exemplo, vendendo abaixo do preço acordado ou fora do território que lhe foi designado. Um cartel precisa fazer um grande esforço para manter, ou trazer de volta aos eixos, os seus membros. Embora esse tipo de trapaça ou a manutenção da concorrência em aspectos que são diversos da precificação possa limitar os prejuízos provocados pelo cartel, não os elimina.” (BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad: Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003, pp. 65).

²⁷⁷ Vide capítulo 4.

membros e outros que podem trazer lucro para os líderes hegemônicos e prejuízo aos demais participantes.

Nesse sentido, a análise feita por esse trabalho pressupõe um “cartel ideal”, ou seja, um acordo que obteria os maiores benefícios possíveis aos membros, assim como ocorre nos estudos de física, em que são pressupostas as condições perfeitas para a análise dos fenômenos, tal como as condições normais de temperatura e pressão, a ausência de atrito ou movimentos atmosféricos, dentre outras interferências existentes no mundo real. Será tomado como modelo o cartel que promove a divisão de mercados em conjunto com a combinação de preços, além de utilizar todas as ferramentas disponíveis para interferir no mercado, e que todos os membros respeitam e cumprem as decisões.

O “cartel ideal” também é lucrativo para todos os membros e esses alteram suas atividades para otimizar a sinergia criada e maximizar seus lucros, reduzindo os investimentos em áreas que são incentivadas apenas em ambiente de concorrência, tais como investimentos em propaganda e *marketing*, diferenciação do produto e pesquisa e desenvolvimento. Por fim, também será desconsiderada a influência da inflação, correção monetária, e outros fatores econômicos que interferem na precificação dos produtos. O modelo estudado será o de cartéis sobre bens, cuja visualização é mais fácil, mas tudo se aplica aos cartéis que atuam sobre a prestação de serviços e demais modalidades, ressalvadas as adaptações necessárias.

Portanto, a abordagem que será feita incluirá todas as situações possíveis, dentro dos pressupostos estabelecidos. No caso de aplicação das conclusões a casos reais, devem ser considerados apenas os elementos efetivamente presentes no cartel sob análise e descontadas as interferências existentes no mundo real.

5.1 – OS FORNECEDORES

5.1.1 – Cobrança de preço acima do valor normal de mercado

A cobrança de preço acima do valor normal de mercado pelos fornecedores é a diferença entre o preço cobrado pelo produto no ambiente de concorrência e o valor cobrado no mercado cartelizado. Para os fornecedores inexiste dificuldade em saber qual era o valor cobrado pelos produtos ou serviços antes do início das atividades do cartel e qual o período em que esteve vigente a majoração do preço. Ao contrário, importa aos

fornecedores saber o percentual de aumento que lhe trará o maior lucro possível, mas que possa ser suportado pelo mercado.

Considerando que as decisões dos agentes são tomadas com base na racionalidade econômica²⁷⁸ – mesmo que essa presunção não seja absoluta –, um cartel só é iniciado se as projeções atestarem que ele trará lucro aos participantes. Assim, cabe aos participantes a ponderação sobre todas as variáveis que possam intervir no acordo a ser fixado.

O cartel sempre busca agir do mesmo modo como faria um monopolista e, portanto, também tenta cobrar o preço que seria cobrado no ambiente de monopólio. Assim, todas as precauções que devem ser tomadas por um monopolista que busca o lucro máximo se aplicam aos cartéis.

Um dos pontos a ser examinado pelo cartel é a possibilidade de substituição do produto comercializado por seus membros por outro de um agente não participante do cartel ou pertencente a outro mercado. Essa análise é feita através de estudos da elasticidade da oferta, que são medições da capacidade de outros agentes estranhos ao cartel suprirem o mercado.

Podem existir muitos outros agentes econômicos do mercado que produzam o mesmo produto. Nesse caso, eles aumentariam a produção para suprir a demanda e ganhar mais participação de mercado, forçando a baixa do preço e repondo as quantidades faltantes em razão da diminuição promovida pelo cartel. Ainda, a mesma situação pode ocorrer com agente que não atuassem no mercado prejudicado pelo cartel, mas que passem a atuar em função do aumento dos preços. Essa situação é mais comum para os cartéis sobre bens que para os que atuam sobre a prestação de serviços.

Também pode ser o caso de agentes que produzam outros bens e tenham possibilidade de converter suas linhas de produção para, rapidamente, passarem a produzir o produto prejudicado pelo cartel. O mesmo pode ser feito por agentes de outros mercados que se sintam atraídos a ingressar no mercado cartelizado.

Quando se trata de agentes econômicos não pertencentes ao mercado, devem ser avaliadas as barreiras à entrada no mercado objeto do cartel, pois elas devem ser altas o suficiente para impedir o ingresso de agentes atuantes em outro mercado ou de novos concorrentes. Assim, o cartel deve cuidar para não gerar estímulo ao desenvolvimento de novos competidores.

²⁷⁸ Vide item 3.9, nota 177.

A possibilidade de substituição do produto também não pode se descartada. Pode existir um sucedâneo²⁷⁹ para o produto objeto do cartel e, dependendo do grau de substitutibilidade, ele pode passar a ser consumido em lugar do produto afetado pelo acordo ilícito.

O cartel também deverá avaliar o impacto sobre a demanda do produto, examinando a elasticidade da demanda. Pode ser que os compradores não estejam dispostos a pagar mais por aquele produto ou que não tenham nenhuma necessidade em consumi-lo. Nesses casos, o aumento dos preços afastaria os clientes e poderia surtir o efeito contrário ao pretendido pelos agentes em conluio, pois o saldo final das vendas seria negativo.

Com base em todas essas avaliações²⁸⁰, os cartelistas podem estimar a parcela de mercado que restará mesmo após o aumento dos preços, para recalcular os custos de produção em função da nova escala de vendas e os lucros a serem auferidos.

Em síntese, a definição do aumento de preço a ser promovido pelo cartel não é tarefa fácil. Partindo do pressuposto de sempre desejarem atingir o lucro máximo, os agentes participantes do acordo devem adotar um preço que não seja alto o suficiente para estimular a entrada de agentes estranhos ao mercado ou desestimular o consumo a ponto de diminuir a escala de produção a níveis que aumentem o custo para além do ganho adicional a ser obtido com as vendas, mesmo que estejam sendo cobrados valores acima dos padrões concorrenciais. Existem situações mais simples, onde os agentes comercializam produtos de extrema necessidade para as pessoas e conseguem integrar todos os fornecedores no acordo.

Aos demais agentes do mercado que não participam do cartel, caberá a decisão de manter os preços abaixo do nível do cartel e aumentar as vendas, ou elevar os preços e estabilizar o mercado. A elevação dos preços pode ser feita conscientemente, se o agente sabe da existência do cartel e conclui que o aumento gerará maior lucro, ou inconscientemente, se o agente presume estar apenas acompanhando a evolução natural do mercado.

²⁷⁹ “Os bens sucedâneos, como indica a denominação, são os passíveis de se substituírem no atendimento – direto ou indireto – de uma mesma necessidade. A gasolina e o álcool, como combustíveis; os alimentos, dentro de cada categoria – carnes, cereais, legumes, frutas etc.; os vários tipos de ferramentas ou de tecnologias. Claramente, os sucedâneos podem ser mais ou menos perfeitos e isto também é uma questão cultural ou tecnológica” (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2005, p. 40).

²⁸⁰ Sobre os elementos que contribuem para o sucesso do cartel, cf. CONNOR, John M. *Global Price fixing*. 2ª edição. New York: Springer, 2007, pp. 441-446.

Tomadas todas essas precauções, o valor cobrado acima do preço normal é o ganho direto que o infrator terá com o cartel. Tomando como exemplo um produto hipotético que custe 10 moedas, se o cartel decidir aumentar o seu preço para 13 moedas, teoricamente lucrará 3 moedas, ressalvadas as alterações de mercado que poderão advir. Ao contrário do prejuízo causado aos compradores, que é certo e determinado, o lucro obtido pelo fornecedor nem sempre é conhecido, mesmo por ela, pois nem sempre todo o ganho resultante do sobrepreço é convertido em lucro.

5.1.2 – Redução dos investimentos na atividade empresarial

A prática de cartel sempre gera perdas ao mercado. Em algumas ocasiões, as ações praticadas pelos infratores lhes trazem benefícios, apesar de prejudicar o mercado, e em outras ocasiões não existe qualquer benefício. Os cartelistas preocupam-se apenas com as primeiras ações, de modo a maximizar seus ganhos, sendo que as ações que somente prejudicam o mercado e não lhes trazem qualquer benefício são praticadas sem qualquer ponderação prévia.

Os agentes econômicos participantes de um cartel poderão tomar duas decisões no que diz respeito aos investimentos em sua estrutura: (i) manter os investimentos, visando obter ganhos de eficiência que não repassará aos compradores; ou (ii) deixar de investir.

No primeiro caso, o agente mantém suas atividades durante o cartel do mesmo modo como as desenvolvia em períodos de concorrência. Essa decisão não apenas o protege dos demais concorrentes no futuro, caso o cartel termine, pois mantém a sua estrutura competitiva para continuar atuando no mercado mesmo sem o acordo, como também não prejudica permanentemente o mercado com a estagnação tecnológica ou falta de ganho de eficiência, mas apenas durante a vigência do cartel.

Caso opte pela retirada de investimentos em alguma de suas áreas, o agente não só poderá ficar exposto no futuro aos demais competidores do mercado, tenham eles participado do cartel ou não, como também provoca ao mercado os prejuízos que serão analisados no item 5.2.2. Por outro lado, o agente terá um ganho imediato, pois reduzirá seus custos e, conseqüentemente, aumentará sua margem de lucro.

Em ambos os casos, contudo, o fornecedor lucrará – seja de modo mediato ou imediato – pois reduzirá o seu custo médio de produção. Sob este aspecto, não importa saber quais perdas resultarão ao mercado, que diferirão em ambos os casos, mas sim qual o

ganho do fornecedor. O que ocorrerá é que o fornecedor se apropriará de uma parcela do excedente do comprador²⁸¹.

A transferência do excedente do comprador para o fornecedor não encerra qualquer irregularidade no seu ato, tal como poderia ocorrer o inverso, a transferência do excedente do fornecedor para o comprador. Ambas as situações são legais e ocorrem costumeiramente no ambiente de concorrência. Contudo, o problema está na legitimidade do ato.

No caso de um agente econômico que atue livremente no mercado descobrir alguma inovação que o leve a reduzir o seu custo, ele poderá reduzir o preço de seus produtos para atrair mais compradores e aumentar a sua participação de mercado ou poderá manter seus preços, aumentando o seu lucro em cada operação, mantida a mesma base de clientes.

Após, pode acontecer de um segundo agente aumentar a sua eficiência em razão da mesma descoberta e poder contestar a posição privilegiada do primeiro agente. No caso de o primeiro agente ter optado por baixar os preços, provavelmente o segundo fará o mesmo para recuperar seus clientes, situação que beneficiará mais uma vez os compradores; caso o primeiro agente tenha mantido seus preços inalterados, privilegiando o lucro, o segundo agente poderá fazer o mesmo ou reduzir seus preços – até mesmo por pensar que é a única do mercado com melhorias de eficiência –, decisão que aumentará a rivalidade e provavelmente levará os dois agentes a uma guerra de preços – repassando os ganhos ao comprador.

Todavia, em um mercado cartelizado, o comprador dificilmente terá a opção de receber parte dos ganhos de eficiência conseguidos pelos agentes, pois o preço não pode ser reduzido em razão do acordo. Além disso, o agente econômico pode estar realizando os investimentos com parte dos lucros extraordinários auferidos como resultado do cartel e, portanto, estar se beneficiando de dinheiro que não lhe pertence.

Portanto, a transferência do excedente do comprador para o fornecedor nesse caso não é legítima e deve ser considerada como parte do prejuízo gerado pelo cartel.

²⁸¹ Dado que “o excedente do consumidor é a diferença entre o que o consumidor está disposto a pagar e o que ele efetivamente paga” (OLIVEIRA, Roberto Guena de. *A teoria do consumidor*. In PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org.). *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 88), os cartelistas explorarão ao máximo essa situação para elevar o preço do bem ao limite de valor que os consumidores estão dispostos a pagar, cessando o aumento apenas quando a falta de interesse dos adquirentes pela compra desse bem reduzir a demanda a níveis que comprometam a lucratividade do cartel.

5.1.3 – Saldo do cartel

O cartel é formado para gerar lucro aos seus membros, mas esse nem sempre é o resultado observado. Ao contrário do que se espera, alguns conluíus podem resultar em prejuízo aos cartelistas. Além dos erros de cálculo que podem ocorrer no momento da definição do aumento do preço, o custo de operacionalização do cartel costuma ser elevado.

A estrutura do cartel pode consumir grandes somas de dinheiro para promover a reunião de seus dirigentes, implementação das decisões e, principalmente, realizar o monitoramento do mercado e de seus próprios membros. Além de o monitoramento feito pelo cartel, geralmente os membros também realizam esse ato de modo individualizado, pois a ocorrência de traições é bastante comum²⁸².

Os custos dessa prática são elevados em função das dificuldades existentes. Como ressaltado no capítulo 3, o fácil monitoramento dos preços e atividades dos demais agentes é um dos elementos que não propicia a formação de cartéis, pois não há razão em se criar uma estrutura dispendiosa e assumir o risco de ser condenado nos casos em que todos sabem facilmente os preços praticados pelos demais. Essas situações podem evoluir para um conluio tácito, situação legal na qual os agentes econômicos tendem a seguir os preços e demais ações de um agente que tome a frente dos demais (seja sempre o mesmo agente ou a cada ocasião um agente diferente), mas inexiste qualquer acordo entre eles.

Nem sempre o cartel será lucrativo. Mesmo que todas as condições iniciais levem ao lucro, as alterações do mercado desencadeadas pelo próprio cartel ou por outras condições estruturais podem trazer prejuízo aos membros do acordo. Agentes com menor participação de mercado são mais propícios a sofrer prejuízo, porque ficam com seus interesses desprotegidos por não terem poder de decisão no cartel.

Como se sabe, a retirada de um dos participantes do conluio nunca é fácil, pois há o receio dos demais que as informações sejam divulgadas. Então, os membros do cartel tendem a se manter unidos até o término final do acordo, mesmo que alguns deles já não estejam lucrando com as atividades. Em certas ocasiões os agentes dominantes podem inclusive forçar a entrada dos outros agentes no cartel.

²⁸² Os programas de leniência incentivam ainda mais essas traições, na medida em que recompensam os participantes dos cartéis que denunciem as atividades ilícitas com a redução da pena aplicada ou total imunidade.

Obviamente que esse tipo de informação é de difícil acesso. Muitas vezes o participante do cartel não tem controle sobre os gastos ou rendimentos trazidos pela atividade ilícita e, quando tem, mantém em sigilo.

Independentemente desse saldo, o prejuízo ao mercado é inevitável. O mínimo que se espera de um cartel é que seja lucrativo – como a maioria realmente é – mas nos casos em que ocorra o contrário, permanece o dano à sociedade. Não há sequer possibilidade de se pensar que um dos participantes de um cartel deficitário queira se eximir da reparação dos danos que causou. Seria um total contra-senso pensar que a sociedade devesse arcar não somente com o ato ilícito praticado pelo cartelista como ainda pela sua incompetência em gerenciar o cartel.

Portanto, o saldo do cartel para seus participantes não é objeto de qualquer interferência sobre os prejuízos causados ao mercado ou à quantificação da indenização que será cabível aos compradores. Essa análise é de total interesse dos próprios infratores e não participa da formação da responsabilidade civil pelos atos praticados, visto ser indiferente para os prejudicados o resultado obtido pelos cartelistas com a conduta anti-concorrencial.

5.2 – OS COMPRADORES

5.2.1 – Pagamento de preço acima do valor normal de mercado

O pagamento de preço acima do valor normal de mercado em função das atividades do cartel é de fácil definição: é a diferença entre o preço pago pelo produto antes e o preço pago depois do início das atividades do cartel. Esse valor é um contra-ponto ao ganho dos cartelistas decorrentes do sobrepreço, analisado no item 5.1.1.

Contudo, ao contrário do que ocorre com os fornecedores, nesse caso existe uma dificuldade que reside na identificação do preço e do período de vigência do acordo ilícito. Quanto ao preço, obviamente que deve ser considerado o valor médio de mercado, desprezando-se as variações decorrentes da negociação entre as partes e das demais condições de venda do produto. Além disso, devem ser apreciados apenas os valores adicionalmente pagos que estejam ligados às atividades do cartel, ignorando a majoração de preço decorrente das condições regulares do mercado, tais como a sazonalidade de vendas, a inflação, os impostos ou a paridade cambial da moeda.

Com relação à determinação do momento de início do cartel, essa tarefa é de extrema importância e, ao mesmo tempo, dificuldade. Logicamente, não há como saber a diferença de preço cobrado pelo produto antes e depois do cartel sem que se tenha ciência da data em que foi implementada a primeira alteração de preço por determinação do cartel e a data em que cessaram as suas ações. Entretanto, sabendo-se que muitas das condenações de cartéis se baseiam em provas indiretas²⁸³, ou seja, nos indícios, faltam elementos para determinar o período de vigência do acordo²⁸⁴.

Apenas quando se tem provas materiais da infração, tais como atas de reunião, testemunho de pessoas envolvidas ou documentos assinados é que se pode fixar com certeza o período durante o qual vigorou o cartel; nos demais casos, o aumento dos preços é calculado com base nas alterações de mercado que indiquem um comportamento anormal de seus agentes ou dos preços, comparando-se esse mercado a ele mesmo em algum período no qual seu funcionamento era plenamente competitivo ou a outro mercado similar, não cartelizado, utilizado como referência.

O cálculo do aumento de preço é bastante simples, resumido a um cálculo de subtração aritmética. As dificuldades residem em encontrar os fatores dessa operação matemática. Tomando novamente como exemplo o produto hipotético que custe 10 moedas e, após o início das atividades do cartel, passe a custar 13 moedas, tem-se que o aumento de preço foi de 3 moedas. Esse é o valor da indenização pelo dano material gerado que poderá ser cobrado dos participantes do cartel por cada um dos compradores que adquiriram os produtos durante o período de vigência do acordo.

Com relação aos agentes econômicos não participantes do cartel, eles também sofreram os efeitos do cartel e poderão até mesmo ter auferido prejuízo em razão dele. Existem diversos cenários, com soluções distintas, dependendo do conhecimento ou

²⁸³ Se não existem provas diretas ou quaisquer outros indícios além do comportamento paralelo dos preços, a teoria econômica deve demonstrar que as ações tomadas são irracionais sob a ótica econômica. Por outro lado, se a conduta concertada for a única explicação para o movimento de preços observado no mercado, então ela será considerada ilícita. (SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In: MATOS, César (coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 426-429) No mesmo sentido: (MALARD, Neide Teresinha. *O cartel*. In: Revista de direito econômico. Vol. 21, Brasília, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995, pp. 46-47).

²⁸⁴ Segundo um ex-conselheiro do CADE, “a maior parte da prova colhida nos processos do CADE pauta-se em indícios que, analisados à luz da teoria econômica, fazem concluir pela existência de uma conduta restritiva da concorrência” (SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In: MATOS, César (coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 417).

desconhecimento das atividades do cartel por esses outros agentes econômicos e do fato deles terem aumentado ou não os preços de seus produtos.

O agente externo ao cartel pode ter mantido seus preços inalterados, fato que não gera qualquer dano aos compradores. Por outro lado, o agente pode ter aumentado seus preços, causando prejuízo aos compradores, mas nesse caso ele pode agir de boa-fé (o aumento decorre do desconhecimento do cartel ou, mesmo sabendo da existência do cartel, por ser impossível manter o preço anterior em razão do poder econômico do cartel) ou de má-fé (existe consciência da existência do cartel e disposição do fornecedor obter tirar vantagem sobre o comprador).

O resultado de cada uma das hipóteses para a formação da responsabilidade civil será analisado no item 6.3.

Além dos fornecedores que participam do mesmo mercado em que funciona o cartel, existem os fornecedores atuam em mercado à jusante do cartel, ou seja, são compradores do cartel e participam de uma das fases produtivas do bem que, no final da cadeia, será vendido para o consumidor.

Nesse sentido, os diversos mercados existentes ao longo da cadeia produtiva deverão ser separados e analisados isoladamente. O acréscimo de preço pago pelo produto por decorrência do cartel deve ser avaliado verticalmente entre cada nível de fornecedor/comprador. Se o cartel ocorreu no último nível produtivo, é fácil perceber que o comprador final poderá exigir diretamente do fornecedor a diferença de preço pago, pois não há outro agente envolvido. Por outro lado, caso tenha ocorrido em qualquer outro nível da cadeia, o comprador do nível imediatamente abaixo poderá cobrar do cartel a diferença, mas os compradores posteriores somente poderão cobrar a parte do aumento que lhes foi repassada, sendo este efetivamente o seu dano.

Em outras palavras, se o cartel se deu no primeiro nível da cadeia produtiva e aumentou o preço em 30%, os compradores diretos poderão exigir a devolução desses valores, mas os compradores do produto nos demais níveis precisarão comprovar que esse aumento foi integralmente repassado ou poderão cobrar apenas o valor referente ao percentual que realmente lhes foi cobrado.

Tomando a indústria automobilística como exemplo, há diversos mercados relevantes envolvidos na produção. Considerando o setor automobilístico, cada parte que os compõem consiste em um grupo diferente de mercados relevantes. Tomando a parte da carroceria, pode-se simplificarmente identificar cinco atividades diferentes, quais sejam: (i) a extração de minério de ferro; (ii) a produção da chapa de aço; (iii) a estamparia das

peças – tais como porta, teto, pára-lama e capô; (iv) a montagem do automóvel; e (v) a venda do automóvel.

Se o cartel for realizado pelas concessionárias de automóveis, os compradores serão os prejudicados diretos e poderão exigir o ressarcimento do valor do aumento diretamente desses agentes. Contudo, caso o cartel ocorra no mercado de extração de minério de ferro, as prejudicadas diretas serão as siderúrgicas que adquiriram essa matéria-prima para a produção das chapas de aço. Elas poderão cobrar esse valor do cartel, mas os compradores somente terão direito à cobrança se houver prejuízo, ou seja, se o valor pago a mais pelas siderúrgicas tiver sido repassado aos seus compradores.

A estrutura de preços varia muito entre os mercados envolvidos e o repasse do aumento resultante das ações do cartel não é automático. Pode ser que as siderúrgicas recebam do cartel um aumento de 30% do preço e repassem integralmente às estamparias. Nesse caso, o prejuízo pelo aumento do preço terá sido integralmente das estamparias, pois o mercado de produção de placas de aço terá agido apenas como um intermediário do cartel.

Contudo, o aumento pode ter sido repassado apenas em parte ou o preço das placas de aço pode ter sofrido um aumento de 50%, e.g., acima daquele promovido pelo cartel. Esse aumento pode ter resultado de outros fatores que impactem na produção das siderúrgicas, tais como a eletricidade, o transporte ou a mão-de-obra. Nesse caso, deverá ser separada a parte decorrente do aumento promovido pelo cartel e a estamparia terá direito apenas à parcela de aumento gerada pelo cartel.

Da mesma forma, considerando que o mercado de estamparia receba totalmente o aumento do cartel através das siderúrgicas, ele pode não repassar o acréscimo às montadoras. Em verdade, os mercados funcionam independentemente e no caso de o mercado de peças estampadas para automóveis os compradores podem não aceitar o aumento dos preços e impedir que o repasse ocorra. Nesse caso, os prejuízos estarão isolados e restritos apenas aos primeiros degraus da cadeia produtiva. Portanto, nem os compradores finais nem as montadoras poderão cobrar indenização do cartel ou de qualquer outro agente da cadeia produtiva, pois eles não terão sofrido prejuízo.

A formação da responsabilidade civil nesses casos também será objeto de estudo do item 6.3 e o modo de realizar a cobrança será abordado pelo capítulo 7.

5.2.2 – Restrição ao desenvolvimento natural do mercado

A restrição ao desenvolvimento natural do mercado é efeito das alterações estruturais que ocorrem no mercado em função das decisões diretas do cartel ou como resultado delas. Essa restrição se origina no desinvestimento realizado pelos agentes econômicos em determinadas áreas de sua atividade e resulta na perda do potencial ganho de eficiência econômica que o mercado poderia ter nesse período. A retirada de recursos de determinadas áreas que geram potencial de ganho de eficiência ao mercado, podem impedir uma possível redução de preços aos compradores ou outras melhorias relacionadas à qualidade ou eficiência do produto.

Perdas de eficiência que resultam diretamente das decisões do cartel são aquelas relacionadas ao próprio aumento de preço, à divisão de clientes ou à determinação da área de atuação. Um exemplo bem claro desse tipo de perda é o aumento do custo de transporte para um cliente resultante da sua alocação para outro fornecedor²⁸⁵ que fique mais distante que aquele do qual ele estava acostumado a adquirir o produto.

A redução de investimentos nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, por exemplo, elimina potencial de ganho de eficiência do mercado, comprometendo futuras reduções de preços.

As perdas geradas de modo indireto são aquelas resultantes da diminuição ou do não-investimento pelos agentes em áreas que são tradicionalmente incentivadas pelo ambiente de competição. Exemplos dessas áreas são os departamentos de propaganda e marketing e de pesquisa e desenvolvimento. No caso do desinvestimento no setor de propaganda e marketing, ele se deve ao fato que a diferenciação dos produtos pela marca²⁸⁶

²⁸⁵ A alocação de clientes pelo cartel obviamente não pode obrigar um determinado adquirente a comprar os produtos da empresa “A” ao invés da empresa “B”, mas induz esse comportamento ao fixar que a empresa “B” informe a esse adquirente preços sempre superiores aos informados pela empresa “A”. Num ambiente de cartel, mesmo os preços de “A” já serão acima do preço de concorrência.

²⁸⁶ Existem mercados em que a força da marca influi diretamente na escolha do comprador e as empresas são obrigadas a investir parcelas significativas de seu faturamento em publicidade e propaganda. Para mais, cf. voto do conselheiro Paulo Furquim de Azevedo proferido para o AC nº 08012.1383/2007-91, e BARZEL, Yoram. *Measurement cost and the organization of markets*. In *Journal of law and economics*, XXV, 1982, pp. 27 e ss. Contudo, seja de modo mais ou menos intenso, a marca sempre tem valor comercial e interfere nas relações de mercado quando se tem um ambiente concorrencial, como demonstra a doutrina privatista: J. X. Carvalho de Mendonça já apontava em 1919 que a marca é um dos “elementos principaes do estabelecimento commercial”, sustentando que “as marcas, além de constituírem signaes de origem ou proveniencia dos productos na circulação mercantil, tendem a manter no tempo e no espaço os beneficios do credito, do aviamento e da reputação do industrial ou do commerciante, premunem o publico contras as fraudes, proporcionando-lhe a prova de que recebe bem os productos e as mercadorias, que deseja adquirir, frustrando, dest’arte, a acção dos concorrentes sem escrupulo” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Vol. V, livro I. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio,

deixa de ter sentido quando há um acordo para divisão dos clientes entre os fornecedores. A perda do mercado se caracteriza nesse caso pela diminuição da diferenciação dos produtos e no aumento da assimetria da informação, em alguns casos.

A assimetria de informação sempre está presente, mas varia de acordo com a estrutura de mercado e o nível de conhecimento das partes envolvidas nas contratações. Com relação às partes, temos como exemplo a assimetria geralmente existente entre um cliente bancário e seu gerente no que concerne a fundos de investimento. Excetuando-se as situações e que o cliente possa ser um profissional do mercado financeiro ou grande conhecedor do tema, bem como a possibilidade de o gerente da instituição financeira ser absolutamente inepto em sua função e desconhecedor da matéria, a maior parte da população ignora o funcionamento do mercado financeiro ou tem informações muito limitadas²⁸⁷. Assim, nas ocasiões em que o gerente oferta ao cliente esse produto, a assimetria de informação está presente na negociação.

Da mesma forma, algumas estruturas de mercado geram naturalmente uma assimetria informacional, independentemente do nível de conhecimento das partes. O mercado de automóveis usados é o exemplo clássico, cuja denominação de *Lemon Market* foi consagrada por Akerlof²⁸⁸. A assimetria da informação é ínsita ao mercado de venda de automóveis usados, pois o proprietário-vendedor sempre está em posição muito superior à do pretendo comprador. Após ter utilizado o automóvel por algum tempo, o vendedor foi capaz de notar todos os problemas aparentes ou ocultos que podem existir. Dependendo do grau de instrução do comprador, o vendedor poderá omitir desde a ocorrência de um grave acidente que resultou em sérios danos estruturais ao automóvel até mesmo defeitos mínimos e imperceptíveis, tal como uma possível falha no acionamento do motor que possa ocorrer apenas nos meses de inverno²⁸⁹.

1919, p. 238); João da Gama Cerqueira, por sua vez, destaca que “no campo da concorrência industrial ou comercial, o fabricante que consegue impor os produtos de sua indústria à preferência dos consumidores e o comerciante que logra acreditar as suas mercadorias e firmar a boa reputação e seriedade de seu estabelecimento têm o máximo interesse em individualizar e distinguir os artigos que produz ou vende” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: RT, 1982, p. 755).

²⁸⁷ “A complexidade dos contratos dos mercados financeiros confere ao ofertante condição de superioridade em relação às informações necessárias” (PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Defesa da concorrência no sistema financeiro*. São Paulo: Singular, 2006, p. 290).

²⁸⁸ AKERLOF, George A. *The market for “lemons”*: quality uncertainty and the market mechanism. In *The quarterly journal of economics*. Vol. 84, nº 3, aug., 1970, pp. 488-500.

²⁸⁹ No mercado de seguros de automóveis essa assimetria também prejudica as atividades das empresas seguradoras, que terão uma discrepância entre a realidade e o valor do risco calculado para um determinado motorista de acordo com as informações por ele prestadas, que podem conter diversas omissões e imprecisões. Para diminuir a assimetria existente, as empresas de seguro de automóveis no Brasil trocam

Nessa última hipótese, mesmo que o comprador não seja leigo, mas sim um engenheiro mecânico com muita experiência, dificilmente o problema será constatado, principalmente se a venda for realizada nos meses de verão. A assimetria também facilita a prática de comportamentos oportunistas.

O investimento em propaganda é essencial para a consolidação da marca do produto, que garante ao comprador que ele está adquirindo um produto de qualidade e dentro das expectativas desejadas²⁹⁰.

A retirada dos investimentos em propaganda e *marketing*, portanto, resultará na perda de mais tempo pelo comprador para encontrar o produto com as características desejadas ou numa pior opção de compra, pelo fato de o comprador desconhecer as características dos demais produtos ou sequer saber que existe um produto melhor do que aquele que está adquirindo e não dispor do tempo necessário para buscar as informações no mercado – portanto, a alocação dos recursos do mercado não será ideal e será gerado um prejuízo à coletividade, seja pela pior escolha ou pelo aumento do tempo necessário para realização de seu negócio. Apesar de cada comprador ser prejudicado por esse efeito do cartel, não há como individualizar esses prejuízos, de modo que a sociedade como um todo resta prejudicada.

Quanto ao desinvestimento nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, o incentivo à inovação e à diminuição dos custos de produção é muito menor no ambiente cartelizado, pois mesmo que o agente econômico continue vendendo produtos tecnologicamente menos avançados ou não lance nenhum produto novo no mercado, continuará vendendo produtos para aqueles clientes que lhe foram alocados. Pode até mesmo fazer parte do acordo a restrição a tais investimentos, para que todos os participantes do cartel se mantenham no mesmo nível tecnológico.

Nesse caso, o mercado não só perde com a falta de inovação e do progresso tecnológico como também pela manutenção dos preços em patamares mais elevados do que poderia ser. Considere-se um produto inicialmente vendido por 10 moedas, cujo custo de produção seja de 7 moedas. Sob a influência do cartel esse produto pode passar a ser

informações sobre os motoristas e os sinistros ocorridos por meio de um banco de dados que pode ser acessado por todas as empresas. No mercado de carros usados, a assimetria pode ser reduzida por meio da compra feita em revendedores de automóveis. Contudo, a assimetria existente entre os compradores e os revendedores também costuma ser muito grande. Um mecanismo efetivo para a redução da assimetria de informação é a garantia oferecida pelas concessionárias de veículos, que criam uma marca de revendedoras cuja qualidade é assegurada e reconhecida pelos compradores.

²⁹⁰ AKERLOF, George A. *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*, in *The quarterly journal of economics*. Vol. 84, nº 3, aug., 1970, pp. 499-500.

vendido por 13 moedas e os produtores podem deixar de investir em uma determinada tecnologia que poderia reduzir o custo de produção para 5 moedas. Conseqüentemente, quando o cartel deixar de operar, o produto voltará a ser vendido por 10 moedas, mas poderia ser vendido por 8 moedas, visto que o custo de produção poderia ter sido reduzido em 2 moedas se a nova tecnologia houvesse sido descoberta ou implementada.

No mundo real, o mercado de produção de vitaminas é um ótimo exemplo, por ser marcado pela forte dependência tecnológica. A evolução dos processos produtivos reduziu o custo de produção de algumas vitaminas em milhares de vezes ao longo dos anos. A vitamina C começou a ser comercializada em 1933 pelo preço de US\$ 7.515,00 por quilograma, mas no final dos anos 1970 a mesma quantidade já era vendida por apenas US\$ 10,00. Da mesma forma, a vitamina B1 era vendida a US\$ 300.000,00 por quilograma em 1936, mas seu preço era de apenas US\$ 30,00 por quilograma no final dos anos 1970²⁹¹.

Imaginemos que o cartel no mercado de vitaminas²⁹² tivesse vigorado entre as décadas de 1940 e 1980 e que, por acordo entre as empresas ou mero desestímulo ao investimento, tivessem cessado as pesquisas no setor. Os prejuízos à economia teriam sido enormes, conforme demonstram os valores acima citados, além do aumento de preço que teria sido imposto aos compradores durante o período.

Nos casos de restrição ao desenvolvimento natural do mercado, os agentes não participantes do cartel serão incapazes de gerar qualquer dano ao mercado, ficando eximidos de qualquer responsabilidade. A situação deles é similar à dos compradores, pois são vítimas do conluio. Caso mantenham seus investimentos, poderão beneficiar o mercado por reduzir o impacto do desinvestimento das empresas cartelizadas, podendo inclusive inviabilizar essa estratégia. Ao contrário, se diminuïrem os investimentos, consciente ou inconscientemente, também sairão prejudicados no médio e longo prazo, ao contrário do que ocorre com os ganhos obtidos por meio dos aumentos de preço tratado no item anterior, que podem levar a um ganho oportunista.

Os prejuízos são sentidos não apenas de forma individual pelos compradores, mas por toda a sociedade. Portanto, a reparação poderá ser solicitada individualmente pelos compradores ou conjuntamente pela sociedade, dependendo da situação. Os prejuízos que

²⁹¹ CONNOR, John M. *Global price fixing*. 2ª edição. Springer, 2007, pp. 249-250.

²⁹² Como se sabe, houve um cartel mundial nesse mercado, mas ele vigorou na década de 1990. Nesse sentido, cf. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; MAGGI, Bruno Oliveira. *Cartel das vitaminas S/A*. In *Revista de direito da concorrência*. 13, 2007, pp. 75-105.

podem ser individualizados, como no caso da diferença de valor paga por cada quilo de vitamina, devem ser cobrados individualmente pelos compradores. Quanto aos prejuízos suportados coletivamente pelo mercado, tal como no caso do aumento da assimetria de informação (não há como calcular o quanto o aumento da assimetria de informação interfere na valoração do bem adquirido), eles impactarão sobre toda a sociedade e a indenização deverá ser requerida pelos legitimados, tais como o Ministério Público e as associações civis, e pelos meios adequados, com a proposição de uma ação civil pública ou ação coletiva.

Contudo, existe o problema da quantificação da indenização, pois há um descolamento entre o valor do benefício gerado aos membros do cartel e o prejuízo resultante para o mercado.

Mesmo que sejam revelados e comprovados todos os ganhos auferidos pelos cartelistas, este não será o valor da indenização. Ela deverá ser calculada sobre o efetivo prejuízo dos compradores e da sociedade, conforme será analisado no capítulo 7.

5.2.3 – Diminuição geral do bem-estar social

A doutrina econômica enxerga a redução do bem-estar social como o “peso morto” do mercado, que é a perda resultante da má alocação dos meios de produção e que não é apoderada por nenhum dos agentes. Essa perda representa a redução das riquezas geradas em razão da má-alocação dos recursos, menor oferta e exclusão de compradores que estariam dispostos a adquirir o bem por valor inferior, que são obrigados a ficar sem esse bem ou adquirir um substituto imperfeito. Apesar de o prejuízo gerado ser involuntário, a formação do peso morto decorre das atividades do cartel e se soma a todas as demais perdas impostas à sociedade.

Essas perdas de eficiência decorrem da própria natureza do cartel e são produzidas involuntariamente pelos agentes econômicos em razão da nova dinâmica imposta ao mercado pelo acordo celebrado. Essas perdas interferem diretamente sobre o bem-estar agregado do mercado. No caso dos cartéis, essas perdas decorrem da diminuição da rivalidade entre os agentes, que se reflete na diminuição de produção, dos esforços de venda e busca por clientes e queda no nível de atendimento e na qualidade dos produtos, dentre outros fatores.

Do ponto de vista jurídico, essa diminuição geral do bem-estar recai sobre a população e também decorre da insegurança e quebra da confiança advinda da incerteza

sobre o pagamento justo pelos produtos adquiridos no mercado ou os serviços contratados. Independentemente das diminuições patrimoniais sofridas pelos indivíduos, seja de maneira individualizada, seja de modo coletivo, também existe uma perda mais difícil ser quantificada e que não pode ser individualizada, visto que o bem jurídico afetado não pertence a ninguém, mas diz respeito a todos.

Nesse caso, todos os agentes de mercado perdem, sejam os participantes do cartel ou os demais concorrentes, sejam os compradores.

Não é por acaso que o cartel é considerado como a pior das infrações à ordem econômica e tem sido cada vez mais combatido em todas as jurisdições do mundo²⁹³. Os prejuízos causados por essa prática tendem a ser muito abrangentes e de difícil identificação, fato que dificulta e muitas vezes pode inviabilizar a recomposição das perdas pelos prejudicados.

Apesar de sua difícil visualização, Junqueira de Azevedo identifica esse dano e o classifica na categoria dano social²⁹⁴, nomenclatura adotada por ele. Essa categoria de dano agrupa todas as perdas sofridas pela sociedade das quais decorrem o rebaixamento do nível de vida. Um dos exemplos citados pelo autor que se assemelha muito à situação gerada pelo cartel é o caso de uma pessoa famosa resolver um contrato de prestação de serviços com uma empresa e imediatamente depois contratar o mesmo serviço com uma empresa concorrente.

Mesmo que sejam pagas todas as multas previstas pelo contrato descumprido, essa pessoa deveria pagar algo mais, em razão da sua falta de ética. Isso porque a sua exposição pública gera uma expectativa de conduta para a população, que passará a ter uma visão errada do direito a partir desse episódio e diminuirá a imperatividade dos contratos e da lei.

O fato de a pessoa ser famosa dá publicidade aos fatos e maximiza os efeitos de seu ato. No caso dos cartéis, é desnecessário qualquer elemento qualificador, pois seus efeitos se estendem por todo o mercado. A população como um todo passa a ser refém dos cartelistas e se torna impotente perante o poder econômico que eles representam.

Essa condição de fragilidade e desconhecimento a que se submete toda a sociedade gera insatisfação e insegurança, fato que rebaixa o nível de vida da população²⁹⁵.

²⁹³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. Disponível *on-line* in: <<http://www.oecd.org>>, acessado em 20/09/2009, p. 11.

²⁹⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381.

²⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 381.

No Brasil, talvez ainda não seja percebida tamanha sensação de insegurança, pois os casos de condenação efetiva dos cartéis são recentes e, portanto, eles não são reconhecidos pela sociedade como um problema econômico. Contudo, em outras jurisdições esse fenômeno pode ser observado com mais clareza²⁹⁶ e possivelmente tal fato ocorrerá no Brasil no futuro.

O dano social, que expressa juridicamente o peso morto gerado pelo cartel, atinge toda a sociedade e há dificuldade em se definir quem poderia cobrar a indenização pelos prejuízos gerados. O capítulo 7 deste estudo aborda com maior profundidade a discussão sobre a forma de cobrança dessa indenização.

5.3 – CONCLUSÕES

Todo o exposto demonstra que pode haver (i) prejuízos individuais dos compradores, decorrentes do pagamento de preço acima do valor normal de mercado e da restrição ao desenvolvimento natural do mercado, e (ii) prejuízos coletivos, não individualizáveis, decorrentes também da restrição ao desenvolvimento natural do mercado e da diminuição geral do bem-estar social.

O gráfico a seguir ilustra esse cenário, no qual podem ser identificadas as áreas correspondentes a cada uma das situações descritas acima. A área “A” corresponde ao item (i) acima, cuja análise foi feita pelos itens 5.1.1 e 5.2.1; a área “B” se refere tanto ao item (i) quanto ao item (ii) e ilustra a explicação feita no item 5.1.2 e parte do item 5.2.2; e as áreas “C” e “D” do gráfico correspondem ao item (ii) acima e se referem ao item 5.2.3 e a parte do item 5.2.2.

²⁹⁶ Os relatórios de atividades das agências de defesa da concorrência norte-americana e européia demonstram que a quantidade de condenações e, principalmente, o valor das multas aplicadas aumentam o impacto das decisões sobre a economia e a visibilidade pela sociedade. (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust division workloads statistics FY 1998 – 2007*, disponível on-line em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.pdf>; e Comissão das Comunidades Europeias. *Relatório sobre a política de concorrência 2007*, pp. 3 e 4, disponível on-line em: http://ec.europa.eu/competition/annual_reports/2007/pt.pdf, acessados em 15/11/2009).

É claro que todas as ações do cartel trazem uma perda geral ao mercado, identificada pelo dano social e que aparece no gráfico acima como as áreas “C” e “D”, independentemente dos benefícios específicos trazidos aos agentes – nesse caso, não há qualquer benefício para qualquer dos agentes do mercado. A divisão existente entre elas é imaginária e meramente explicativa, pois, como essas perdas decorrem dos ganhos gerados pelas áreas “A” e “B”, em existindo “A”, forma-se “C” e, existindo “B”, cria-se a área “C + D” como uma perda única do mercado.

Por fim, quanto ao item 5.2.2, a sua divisão entre as áreas “B” e “C + D” se dá em razão do fato que os desinvestimentos realizados pelos cartelistas resultam para eles em diminuição do seu custo e eles se apoderam de parte do que seria devido ao comprador (explicados no item 5.1.2 e todos contidos na área “B”). Por outro lado, sob a ótica do comprador, os prejuízos são muito maiores que os ganhos dos fornecedores e além dos prejuízos diretos e individuais, que também estão contidos em “B”, existem efeitos indiretos produzidos ao mercado não podem ser individualizados e que pertencem, didaticamente, à área “D”, mas efetivamente estão contidos na área “C + D” e se misturam aos prejuízos resultantes da diminuição geral do bem-estar social.

Portanto, os prejuízos decorrentes de “A” e “B” são individuais e os decorrentes de “C” e “D” são coletivos e difusos. Tais distinções terão impacto sobre o meio adequado para o pedido de indenização e o critério para sua quantificação.

PARTE II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM GERAL À INDENIZAÇÃO PELAS PRÁTICAS DE CARTEL

CAPÍTULO 6 – RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo não tem a pretensão de esgotar a análise sobre o tema da responsabilidade civil e todas as suas particularidades, visto ser essa a missão de um estudo mais extenso e menos específico. Ao contrário, o objetivo deste estudo é trazer apenas os elementos necessários para definir a responsabilidade civil e seus elementos que são indispensáveis para o surgimento da obrigação de reparação por aqueles que geram danos por meio da prática da atividade de cartel.

A responsabilidade civil é uma das fontes das obrigações. Segundo a clássica categorização quadripartida, que surgiu no período das compilações justinianeias e permaneceu até o século XIX, eram quatro as fontes das obrigações: os contratos, os quase-contratos, os delitos e os quase-delitos.²⁹⁷ Atualmente, considera-se que são fontes das obrigações os contratos, os atos unilaterais, os títulos de crédito e a responsabilidade civil, que pode decorrer de atos jurídicos lícitos ou ilícitos²⁹⁸. A organização das matérias no Código Civil atualmente em vigor trata das quatro fontes dentro do mesmo livro (“Do Direito das Obrigações”).

Historicamente, a responsabilidade civil teve início com a vingança privada, inicialmente espontânea e sem qualquer regulamentação,²⁹⁹ passando depois a ser regulamentada pela Lei de Talião.³⁰⁰ Após esse estágio inicial da vingança privada, vieram as fases da composição privada (voluntária e obrigatória por lei) e da repressão exclusiva

²⁹⁷ D’AMELIO, Mariano. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1938, pp. 658-660.

²⁹⁸ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10ª edição rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 203-211.

²⁹⁹ “A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª edição rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, pp. 19-20).

³⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 303 e 304.

pelo Estado, regulamentada inicialmente pela Lei das XII Tábuas e depois pela lei Aquilia.³⁰¹⁻³⁰²

A lei Aquilia foi uma criação do direito romano que evoluiu com o tempo, sendo alterada para aceitar as modificações do direito pretoriano (jurisprudência), e regulava em seus três capítulos as seguintes situações:³⁰³ (i) mortes de escravos e de animais que pastam em rebanhos; (ii) os danos gerados por credores que abatessem dívida acessória vinculada à principal; e (iii) os danos gerados aos escravos ou aos animais que pastam em rebanhos ou a qualquer outra coisa corpórea.³⁰⁴ A lei Aquília também substituiu as penas fixas pela reparação efetiva do dano e inseriu a culpa como elemento essencial para a caracterização do direito de reparação. Apesar de haver alguma discordância entre os autores sobre o último ponto,³⁰⁵ é certo que o instituto da responsabilidade civil inicialmente responsabilizava de forma objetiva aqueles que produziam atos danosos e o elemento da culpa foi sendo introduzido ao longo do tempo, até que o critério objetivo foi abandonado.³⁰⁶ A necessidade de existir o elemento *culpa* dentre os necessários para a formação da responsabilidade civil voltou a ser questionada apenas no século XIX e no século XX a legislação de muitos países passou a reconhecer hipóteses de configuração da responsabilidade objetiva. Contudo, atualmente, a responsabilidade subjetiva e a objetiva convivem como duas espécies diferentes e não mais se excluem mutuamente.³⁰⁷ A responsabilidade subjetiva é aquela que leva em consideração a culpa do causador do dano

³⁰¹ Sobre a evolução da *Lex Aquilia* e sua relação com a disciplina contemporânea da responsabilidade civil extracontratual, cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *Responsabilidade aquiliana e suas raízes*. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil* (doutrina e jurisprudência). 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 241-261.

³⁰² CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 303 e 314.

³⁰³ D'AMELIO, Mariano. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1938, pp. 680-681.

³⁰⁴ Lembre-se que o direito romano considerava os escravos como bens de seus senhores e, portanto, eram tratados pela lei como coisas.

³⁰⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, 2ª edição rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 20-27.

³⁰⁶ Conforme explica Aguiar Dias, “é na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico’” (AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28). Fundado em Jhering, observa Alfredo Minozzi que o advento da culpabilidade como fundamento para o ressarcimento representou um avanço social; o princípio da culpa na reparação civil, em perspectiva histórica, “pode ser dito verdadeiro sintoma de civilidade e de progresso na justiça de um povo” (MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale* (danno morale). 3ª edição. Milano: Società Editrice Libreria, 1917, p. 47, tradução livre. No original: “Il principio della colpa nel risarcimento potrebbe dirsi vero sintomo di civiltà e di progresso nella giustizia di un popolo”).

³⁰⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª edição rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 40-41.

para a sua caracterização, enquanto que a responsabilidade objetiva dispensa a presença desse elemento.

Em razão dessa origem, modernamente a responsabilidade extracontratual também leva o nome de aquiliana em referência à lei romana que fixava as normas relativas à responsabilidade derivada dos atos ilícitos.³⁰⁸

Sendo a responsabilidade civil uma das fontes das obrigações, percebe-se que esses conceitos são distintos e não se misturam. Alois Brinz separa a obrigação ou o débito ou dever (*Schuld*) da responsabilidade ou vinculação (*Haftung*) e mostra que são dois conceitos independentes utilizados para exprimir situações e deveres diferentes que formam a obrigação³⁰⁹.

Essa teoria criada pelo autor alemão é adotada por importantes doutrinadores brasileiros³¹⁰ e facilita o entendimento da responsabilidade civil. Segundo tal proposição, a obrigação é um dever jurídico originário e a responsabilidade é sempre um dever jurídico secundário ou sucessivo, que não pode ser primário porque seu surgimento está atrelado ao prévio desrespeito de uma obrigação.

Sobre o dever, Kelsen³¹¹ o define como uma ordem jurídica positiva e a responsabilidade como a consequência do seu descumprimento. O indivíduo obrigado é aquele sobre o qual recai o dever e o responsável, aquele sobre o qual recai a consequência do descumprimento. Pode existir confusão entre esses dois indivíduos ou não, dependendo do caso, mas o obrigado e o responsável são sempre figuras distintas. No mesmo sentido, lecionam Tercio Sampaio³¹² e Cavalieri.³¹³

³⁰⁸ Esclarece Rubens Limongi França que a matriz histórica recente da responsabilidade extracontratual repousa nos artigos 1.382 e 1.383 da codificação napoleônica, dispositivos esses, por sua vez, cujas “raízes mais profundas e completas se encontram substancialmente na *Lex Aquilia*, do tempo da República Romana, portanto do direito pré-justiniano e mesmo pré-clássico”. Essa é a razão pela qual a responsabilidade extracontratual “tomou o nome técnico àquele diploma, de maneira a denominar-se, em doutrina, *responsabilidade* ou culpa *aquiliana*” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Responsabilidade aquiliana e suas raízes*. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil* (doutrina e jurisprudência). 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 244).

³⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1964, pp. 11-19.

³¹⁰ WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. 2. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 7-9; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 23-25; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 7ª edição rev. e atual. São Paulo: RT, 1998, pp. 37-39.

³¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 128-135.

³¹² “A obrigação define-se como vínculo objetivo em que ocorre a exigência de uma prestação sob pena de sanção. O dever localiza-se naquele vínculo; a responsabilidade, na exigência da prestação” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 158-160).

Assim, o dever jurídico pode ser originário ou sucessivo. O dever originário, ou primário, está ligado a uma lei ou contrato, cujos preceitos ou cláusulas devem ser cumpridos – aqui se tem a obrigação. Caso essa norma ou cláusula seja violada, surge um novo dever, chamado de sucessivo ou secundário – nesse caso, tem-se a responsabilidade.³¹⁴ Varela afirma que a responsabilidade civil cria vínculos obrigacionais³¹⁵ e Cavalieri a define como o dever jurídico de reparação do prejuízo gerado pela violação de um dever jurídico originário.³¹⁶

Nesse ponto, passa a ser possível definir a responsabilidade civil. Pessoa Jorge considera que a responsabilidade imputa um determinado ato a determinado agente e o sujeita às consequências de seu comportamento e a define como “a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um ato ilícito, é obrigado a indenizar o lesado dos prejuízos que lhe causou”.³¹⁷

Renato Scognamiglio, no *Novíssimo Digesto Italiano*, esclarece que a responsabilidade civil, de modo geral,

expressa, em síntese, a idéia da sujeição às consequências desfavoráveis da própria conduta. Enquanto qualificada de “civil”, equivale a estabelecer, de modo concreto, que se observou a responsabilidade na esfera de relações entre particulares.³¹⁸

Cesare Salvi, por sua vez, na *Enciclopedia del Diritto*, aduz que “mediante o juízo de responsabilidade, o custo de um dano é transferido do sujeito que de fato o sofreu, a outro, através da imputação ao segundo de uma obrigação, cujo conteúdo é o ressarcimento daquele dano”.³¹⁹

³¹³ “A conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23).

³¹⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 62-63.

³¹⁵ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I., 10ª edição rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2006, p. 519.

³¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

³¹⁷ “O termo responsabilidade corresponde à idéia geral de responder ou prestar contas pelos próprios atos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a suscetibilidade de imputar, dum ponto de vista ético lato sensu, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 34).

³¹⁸ Tradução livre de: “si esprime in una sintesi unitaria l’idea della soggezione alle conseguenze sfavorevoli della propria condotta. Laddove la qualifica di ‘civile’ vale a stabilire in modo sicuro che si ha riguardo alla responsabilità nella sfera dei rapporti tra i privati” (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilidade civile*. In *Novissimo digesto italiano XV* (1968), p. 633).

³¹⁹ Tradução livre de: “mediante il giudizio di responsabilità, il costo di un danno viene trasferito dal soggetto, che storicamente lo ha subito, a un altro soggetto, attraverso l’imputazione al secondo di

Portanto, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação decorrente da violação de um dever originário para reparar os prejuízos da vítima.

A título de exemplo, o dever de pagar o preço de um contrato ou o dever de não subtrair coisa alheia, imposto pelo nosso direito penal, são deveres primários, pois não há nenhum dever anterior que os vincule. No segundo caso, o dever surge diretamente da lei e no primeiro caso, apesar de o dever surgir da vontade das partes que, contratando, passam a ser obrigadas por lei a cumprirem as disposições contratuais, também é um dever originário, pois não havia qualquer outro dever anterior para ser desrespeitado.

Caso uma das partes entregue o bem ao comprador e este não cumpra sua prestação de pagar o preço, surgirá a responsabilidade – que nesse caso será contratual. Na outra hipótese, caso um indivíduo subtraia coisa de outrem ou deixe de pagar o valor acordado, violando a norma primária (originária), surge o dever de indenizar o prejudicado, sendo este um dever secundário, pois só aparece em razão da existência do dever originário. Caso este não existisse, não haveria o segundo dever.

Todavia, deve-se ter certeza da existência do dever originário. Caso um sujeito passe na frente dos outros na fila de espera do elevador de um edifício, não haverá qualquer violação de dever. Apesar de essa conduta ser moralmente reprovável, atentando contra os bons padrões de convivência em sociedade, não há norma que crie o dever jurídico de respeitar a ordem da fila e, portanto, não há como existir qualquer outro dever vinculado ao ato, o qual seria um dever sucessivo: a responsabilidade.

Portanto, deve-se distinguir o comportamento meramente anti-social daquele que efetivamente contraria a ordem jurídica.³²⁰ A responsabilidade surge da violação de direitos (sob o ponto de vista do pólo ativo da relação) ou do descumprimento de obrigações (do ponto de vista do pólo passivo) impostas pela lei ou por negócios jurídicos e possibilita o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos titulares desses direitos. Nesse sentido, a responsabilidade civil funciona como um instrumento gerador de efeitos

un'obbligazione, avente come contenuto il risarcimento di quel danno" (SALVI, Cesare, *Responsabilità extracontrattuale* -diritto vigente. In *Enciclopedia del diritto* XXXIX, 1988, p. 1187).

³²⁰ "Há, na verdade, que distinguir o comportamento anti-social (ou socialmente nocivo) – ou mesmo até o puro resultado anti-social – do comportamento que, além de ser objecto desse juízo de valor, é objecto também de um juízo de carácter ético, na medida em que representa a rebelião voluntária contra a ordem jurídica" (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 67).

jurídicos³²¹ que visam restabelecer o equilíbrio perdido no momento em que ocorreu o descumprimento da obrigação.³²²

Essa função só é desempenhada pelo direito civil, pois mesmo que o ato praticado também viole obrigações previstas nas legislações administrativa e penal e as punições previstas por essas normas sejam aplicadas, em nenhum dos casos se estará buscando o ressarcimento da vítima e a sua reintegração à situação verificada antes da violação de seus direitos.³²³

No caso da formação de um cartel para o aumento dos preços cobrados pela venda dos produtos, os agentes econômicos participantes estarão violando as disposições da Lei nº 8.884/94, posto que a prática é vedada especificamente³²⁴ pelos incisos I e III do seu artigo 21 c/c o inciso I do artigo 20. Assim, por decorrência do descumprimento desta obrigação (dever originário), surge a responsabilidade (dever secundário) das empresas participantes do cartel de indenizarem as vítimas.

A responsabilidade civil pode se desdobrar em três espécies diferentes: contratual, delitual e legal. Esse é o modelo seguido por Planiol, Ripert et Esmein e Colin et Capitant.³²⁵ A responsabilidade contratual seria aquela decorrente da inexecução do contrato, a delitual aquela resultante de um dano cometido culposamente e a legal, de um dano provocado sem culpa.

³²¹ “O conceito de responsabilidade é uma condição para que se produzam algumas consequências jurídicas. A responsabilidade jurídica nesse sentido, é uma condição para punibilidade (sancionabilidade)” (D’AGOSTINI, Marcos G.. *Bases filosóficas da responsabilidade civil*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Magister: Porto Alegre, 2007, pp. 269-270).

³²² “Comparando contrato e responsabilidade civil, com ou sem culpa, pode-se observar que o primeiro instituto promove a circulação de bens, de uso menor para os mais pobres, de forma voluntária; já que a responsabilidade civil fá-lo, igualmente, mas de forma coercitiva, involuntária” (SZTAJN, Rachel. *Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil*. In: *RDM*, vol. 111, ano XXXVI. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 1998, p. 17).

³²³ “Em verdade, a responsabilidade civil é a forma jurídica mais direta pela qual, no terreno do Direito Privado, viabiliza-se do princípio. É a única via – dado o caráter limitado do Direito Penal nessa matéria, pois é essencialmente expiatório – em que o juiz é o agente internacionalizador. Quando todos os outros mecanismos (prevenções, sanções administrativas, penais) mostraram-se insuficientes ou falharam por inteiro, pode se dizer que a responsabilidade civil é a ultima ratio do processo de internalização” (BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. São Paulo: *Revista de direito ambiental*, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, p. 16).

³²⁴ Vale lembrar que o cartel pode tomar várias formas e infringir as vedações previstas por vários dos incisos dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, conforme foi explicado no capítulo 4, mas em sua grande maioria os cartéis promovem a fixação de preços e a divisão de mercados entre seus membros e, sendo esse o tipo de cartel, tais práticas são proibidas pelos incisos I e III do artigo 21 desta lei, que exemplificam situações compreendidas no preceito do inciso I do seu artigo 20.

³²⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequências*. 4ª edição atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 243.

A influência francesa sobre o direito brasileiro é bastante grande nessa área,³²⁶ de modo que muitas das definições, classificações e forma de estruturar o tema da responsabilidade civil no Brasil seguem o mesmo modelo. Contudo, algumas diferenças podem ser diferenciadas.

No Brasil, tradicionalmente a responsabilidade civil separa-se em contratual e extracontratual (ou aquiliana).³²⁷

A responsabilidade contratual é aquela decorrente da violação de um contrato e a extracontratual é resultante de um ato ilícito, regulado pelo artigo 186 do Código Civil. Importante ressaltar que a responsabilidade contratual não se restringe apenas aos casos de descumprimento de cláusulas contratuais, mas inclui todas as relações existentes entre as partes desde o início da fase negocial.

Um eventual descumprimento do contrato após a sua assinatura não deixa dúvidas de que a responsabilidade gerada é contratual, mas além dessa fase de execução do contrato, estão abrangidas as fases pré e pós-contratuais.³²⁸ Em qualquer um dos três momentos, não apenas as violações às suas cláusulas como também ao dever de boa-fé objetiva³²⁹ implicam em responsabilidade contratual.³³⁰

Além dessa diferença existente quanto à origem entre a responsabilidade contratual e a extracontratual – a primeira provém do descumprimento de uma cláusula contratual e a segunda de qualquer relação humana não regulada por contrato da qual decorra prejuízo a um dos indivíduos³³¹ – também existem diferenças quanto à aplicação.

Mesmo existindo tais diferenças entre as duas modalidades de responsabilidade, essa classificação é difícil de ser feita em algumas situações. Os advogados, por exemplo, têm o dever de manter o sigilo das informações de seus clientes após o término do contrato ou até mesmo se não tenham sido contratados para advogar após a realização de uma

³²⁶ “A teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código Civil de Napoleão” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Influência do direito francês no direito brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito USP*. Vol. 89, São Paulo, 1991, p. 193).

³²⁷ Existem autores, como Silvio de Salvo Venosa, que utilizam as expressões responsabilidade negocial e extranegocial como sinônimas dos termos responsabilidade contratual e extracontratual, respectivamente.

³²⁸ Código Civil Brasileiro, artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³²⁹ A boa-fé objetiva é um princípio para o qual não existe uma definição rígida, mas que exige das partes um comportamento íntegro e a manutenção de uma relação de confiança e lealdade. O Código Civil estabelece em seus artigos 113 e 422 que esse princípio deve ser aplicado durante a formação e execução dos negócios jurídicos (SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004, pp. 27-33).

³³⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 173-175.

³³¹ NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Segunda parte, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 325-330.

reunião preliminar. Essa obrigação, convertida em responsabilidade quando descumprida, poderia ser considerada como extracontratual, pois decorre da lei. Mas ao mesmo tempo a situação descrita poderia exemplificar a responsabilidade do momento pré-contratual.

Muitas vezes é difícil adequar os fatos reais à classificação teórica, havendo situações limítrofes e que podem ser incluídas em qualquer das espécies ou em nenhuma delas.

O dinamismo da sociedade atual tem dificultado a utilização de classificações estanques como essa, visto que a maioria das relações sociais são complexas e agregam elementos de diversas origens. A tendência é de unificar o tratamento da responsabilidade civil sob uma só chancela.³³² O direito brasileiro também seguiu essa tendência.

A alteração do texto do artigo 404 do antigo Código Civil para incluir o parágrafo único que permite o pagamento de indenização, além do valor estipulado em contrato, caso seja apurado que o prejuízo experimentado pela vítima superou a quantia prevista para as perdas e danos, pode sugerir uma tendência do Direito brasileiro para a unificação, mas efetivamente as duas modalidades de responsabilidade civil continuam sendo tratadas separadamente e a aplicação de uma determinada regra ou solução deve ser precedida da classificação do caso sob análise em uma hipótese de responsabilidade civil contratual ou extracontratual.³³³

O progresso econômico e social não apenas expandiu as hipóteses de responsabilidade civil,³³⁴ como a evolução histórica do tratamento que foi dedicado ao tema demonstra que a responsabilidade civil extracontratual aumentou em importância

³³² “A responsabilidade extracontratual tem uma zona de aplicação incerta, na realidade; as distinções entre ela e a responsabilidade contratual vêm se diluindo paulatinamente e constantes esforços têm sido empregados para unificá-las”. Tradução livre de: “La responsabilidad extracontractual, assumida como realidad, tiene una zona de aplicación ambigua, sus distingos entre ella y la responsabilidad contractual han ido diluyéndose paulatinamente, y se realizan firmes esfuerzos para unificarlas” (ALTERINI, Atilio Anibal. *La responsabilidad extracontractual en los codigos civiles del MERCOSUR*. In: *Roma e America. Diritto romano comune* – Revista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997. p. 211).

³³³ “Como foi delimitada, a responsabilidade civil nasce da prática de um ato ilícito, que consiste (...) na violação de um dever. Este dever pode ser uma obrigação em sentido técnico ou outro dever: no primeiro caso, a responsabilidade diz-se obrigacional e no segundo extra-obrigacional, delictual ou aquiliana. Quando se menciona o delito como fonte de obrigações, considera-se apenas o acto ilícito que consiste na violação de dever diverso de uma obrigação. A responsabilidade obrigacional ainda se distingue em responsabilidade contratual, se a obrigação não cumprida proveio de um contrato, e responsabilidade extra-contratual, se tal obrigação teve fonte diversa do contrato” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, pp. 37-38).

³³⁴ “A multiplicação das hipóteses de responsabilidade civil é um fenómeno do nosso tempo”. Tradução livre de: “Il moltiplicarsi delle ipotesi di responsabilità civile è fenomeno del nostro tempo” (THIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milão: Giuffrè, 1967, p. 1).

sobre a contratual com o decurso do tempo,³³⁵ passando a proteger bens aos quais antes não se dava atenção, em especial aqueles relacionados ao meio ambiente.³³⁶ As regras antes aplicadas aos casos de responsabilidade extracontratual passam a ser utilizadas para a responsabilidade contratual, de modo a reinterpretar as normas de acordo com a nova realidade.³³⁷ Deve-se dar maior relevância às diretrizes e conteúdo dos conceitos que às formas simplesmente consideradas.³³⁸

Percebe-se que diversos casos limítrofes, nos quais se inclui a responsabilidade dos profissionais liberais, que respondem subjetivamente por seus atos, passam a ganhar relevância no cenário da responsabilização civil e causam debate sobre a sua localização dentro do tema da responsabilidade. A polêmica sobre o tema permanece e não há um posicionamento definido para tal discussão.

Os cartéis são exemplos dessa tendência de mistura das situações de responsabilidade contratual e extracontratual, mesmo no âmbito da execução de um contrato. Considerando o aumento dos preços produzido pelo cartel, que é o seu efeito

³³⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª edição ver. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, pp. 15-18.

³³⁶ “O paradigma legal ancião e que agora, na perspectiva ambiental, é objeto de crítica e de reforma, domina o mundo jurídico desde o Código Civil de Napoleão, com raízes fincadas no próprio Direito Romano. Sua concepção e referência a direitos e obrigações associados à integridade humana e à propriedade é fundamentalmente homocêntrica, pressupondo numa ‘coisificação’ e ‘instrumentalização’ da natureza. O novo paradigma, ao revés, vê o mundo como em todo integrado e não mais como uma coleção de partes dissociadas, verdadeira visão ecológica que busca, entre outras correntes, inspiração na ‘Ecologia Profunda’ (*Deep Ecology*), termo cunhado pelo filósofo norueguês Arne Naess em 1972” (BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. In: *Revista de direito ambiental*. São Paulo, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, p. 20). Para a perspectiva dessa evolução verificada no direito argentino, cf. STIGLITZ, Gabriel A. *El daño al medio ambiente en la constitución nacional*. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Responsabilidad por daños en el tercer milenio* (homenaje al Professor Doctor Atilio Aníbal Alterini). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 317-321.

³³⁷ “No Código Civil argentino, a extensão do ressarcimento, em matéria contratual, abarca as consequências ‘imediatas e necessárias’ (art. 520), e na extracontratual, as ‘mediatas’ previsíveis (art. 904); mas a definição do que venham a ser consequências ‘imediatas e necessárias’, aplicável à responsabilidade contratual, tem sido reinterpretada, entendendo-se que compreende todas as consequências resultantes do encadeamento natural dos fatos, observada a boa-fé negocial (López Cabana, Bustamante Alsina, Casiello, Kemelmajer de Carlucci), e seguindo o modelo próprio da responsabilidade extracontratual”. Tradução livre de: “En el Código Civil argentino, la extensión del resarcimiento en materia contractual abarca las consecuencias <<inmediatas y necesarias>> (art. 520), y en la extracontractual, las <<mediatas>> previsibles (art. 904); pero el concepto literalmente estrecho de consecuencias <<inmediatas y necesarias>> aplicable a la responsabilidad contractual ha sido reinterpretado, entendiéndose que comprende todas las que han sido conocibles, en los alcances del plexo obligatorio definido conforme a la pauta de buena fe negocial (López Cabana, Bustamante Alsina, Casiello, Kemelmajer de Carlucci), lo cual acerca ese concepto al de consecuencias <<mediatas>> previsibles, que son propias de la responsabilidad extracontractual” (ALTERINI, Atilio Anibal. *La responsabilidad extracontractual en los codigos civiles del MERCOSUR*. In: *Roma e America. Diritto romano comune – Revista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi, 1997. p. 212-213).

³³⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O direito pós-moderno*, in: *Revista USP: Pós-modernidade e Multiculturalismo*, nº 42, São Paulo, jun./jul./ago. 1999, pp. 100-101.

mais visível,³³⁹ à primeira vista haveria dúvidas em afirmar se a responsabilidade do cartelista é contratual ou extracontratual.

Caso o lesado pelo cartel seja um agente que adquira o produto diretamente da empresa do cartelizadacartelista, estará configurada a responsabilidade contratual? Existe um contrato que regula a relação entre comprador e vendedor, mas nenhuma das cláusulas está sendo descumprida. O preço foi determinado em comum acordo pelas partes – mesmo que superior ao que normalmente seria cobrado em razão das atividades do cartel – e as cláusulas contratuais podem ser cumpridas estritamente pelas partes.

Entretanto, mesmo sem qualquer violação às cláusulas contratuais, já existe dano ao comprador. Por um lado, poderia ser alegada quebra da boa-fé objetiva que, de acordo com o artigo 422 do Código Civil, deve ser respeitada durante a conclusão e a execução dos contratos,³⁴⁰ resultando em responsabilidade contratual. De outro lado, pode-se sustentar que a responsabilidade seria extracontratual porque não houve violação de qualquer obrigação negocial.

Caso se adote a primeira opção, ainda resta o problema de que a quebra da boa-fé somente poderia ocorrer nos casos em que se visasse um contrato específico, hipótese que não está presente nos casos de cartel. Os agentes participantes do conluio pretendem lucrar mais com as suas atividades de um modo geral, independentemente de quem será o comprador; assim, os contratos específicos não são considerados e a responsabilidade não pode ser classificada como contratual.

Todavia, mesmo nesse caso há exceção, dependendo do tipo de cartel. Nos casos de cartéis cujas atividades também incluem fraude a licitações, o esforço dos cartelistas é direcionado para cada um dos processos licitatórios, de modo específico. Então, haveria quebra da boa-fé e a responsabilidade seria contratual.

Ainda tem-se a hipótese das vítimas do cartel que adquirem o produto de outro agente que também foi lesado pelo cartel, tal como ocorre nos casos em que os cartéis se

³³⁹ O capítulo 5 trata em detalhes dos efeitos produzidos pelos cartéis.

³⁴⁰ Sabe-se que o princípio da boa-fé também deve estar presente nos momentos pré e pós-contratuais, conforme defende Antonio Junqueira de Azevedo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 148 e ss.), mas nesse caso é dispensável o desenvolvimento desse raciocínio em razão da formação do preço estar presente no momento de conclusão dos negócios jurídicos. Apesar de poder pertencer ao momento pré-contratual e ser parte importante das negociações, a formação do preço não deixa de estar presente no momento da conclusão do contrato.

formam no início da cadeia produtiva.³⁴¹ Nesse caso, a responsabilidade dos cartelistas perante as vítimas finais somente poderia ser extracontratual.

Dado o exposto, percebe-se muitas vezes que a complexidade dos fatos dificulta a classificação da responsabilidade em contratual ou extracontratual. No caso dos cartéis, a responsabilidade é 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. A origem do prejuízo está no acordo de cartel, fator externo aos negócios jurídicos individuais de compra e venda dos produtos.

A caracterização da responsabilidade civil extracontratual depende da identificação de diversos elementos. O *caput* do artigo 927 do Código Civil³⁴² traz expresso como requisitos o ato ilícito e o dano, sendo que de modo implícito pode-se identificar o nexo causal, como terceiro elemento. O texto da lei deixa claro que a obrigação de reparação surge para “aquele” que pratica o ato ilícito em função do qual é causado o dano. Ou seja, a obrigação não recai sobre qualquer pessoa, mas sim sobre aquela cujo ato está vinculado ao dano. Esse vínculo é o nexo causal.

O quarto elemento surge da leitura do parágrafo único deste artigo, que ao excetuar alguns casos em que a culpa é dispensável para a caracterização da responsabilidade, reconhece que ela é necessária para todos os demais.

Portanto, apesar de haver variação da nomenclatura e quantidade de elementos de acordo com o autor estudado e o país de referência,³⁴³ o Brasil dá ao tema o mesmo tratamento que os demais países da tradição romano-germânica. Pode-se considerar que os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil são quatro: (i) o ato ilícito; (ii) o dano; (iii) o nexo causal; e (iv) a culpa. Todos eles são essenciais para a

³⁴¹ No caso de cartéis formados no setor químico, por exemplo, os prejudicados diretos são os agentes que utilizam tais produtos como insumos para sua indústria. Esse é o caso dos vendedores de detergentes e desinfetantes, que precisam comprar da indústria química os elementos básicos, tal como o cloro, o sódio, o éter e seus compostos. Havendo um cartel do cloro (conforme atualmente se investiga por meio da Averiguação Preliminar nº 08012.002921/2007-64), os agentes que o utilizam para a produção de desinfetantes serão lesados e, conseqüentemente, o consumidor final.

³⁴² Código Civil Brasileiro, artigo 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.

³⁴³ Silvio Neves Baptista indica alguns autores e a nomenclatura utilizada (BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 64-65), dentre eles, Fernando de Sandy Jorge, que considera como “pressupostos da responsabilidade civil o acto ilícito, o prejuízo, o nexo de causalidade e o nexo de imputação” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 55).

configuração da responsabilidade subjetiva,³⁴⁴ sendo que para a responsabilidade objetiva o elemento da culpa é dispensado.

Nos próximos itens, serão tratados individualmente cada um desses requisitos e sua identificação nos acordos de cartel.

6.1 – ATO ILÍCITO

O ilícito pode ser definido genericamente como um fato que não está fora do Direito ou contra ele, mas sim como algo que está dentro dele e é previsto pelo Direito como uma conduta que leva à imposição de uma sanção.³⁴⁵ No mesmo sentido, o ilícito pode ser definido como “a conduta (ação ou omissão) que contravém o mandamento da norma, a qual estabelece a consequência jurídica, institucionalizada, organizada normativamente: a sanção”.³⁴⁶

No âmbito do direito civil, o ato ilícito é indicado pelo artigo 927 do Código Civil como um dos requisitos para caracterizar a responsabilidade civil e o artigo 186 da mesma lei identifica as formas como o ato ilícito pode ser praticado. Esse artigo confunde os conceitos, pois trata indiscriminadamente do dano e do ato ilícito. É preciso separar esses dois elementos que, juntos, integram a responsabilidade civil.

Pontes de Miranda³⁴⁷ determina que todo ato humano que contrarie um direito é ilícito. Sem culpa, é ato ilícito *lato sensu* e com culpa, é *stricto sensu*. Para Vicente Ráo³⁴⁸, o ato ilícito é aquele praticado que contraria o direito e é reprimido por sanções civis ou penais.

No mesmo sentido, Araken de Assis³⁴⁹ esclarece que o fato ilícito não é algo estranho ao Direito ou que foge às previsões legais. Ao contrário, “trata-se de fato jurídico,

³⁴⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 44.

³⁴⁵ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 126-127.

³⁴⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

³⁴⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo II, Campinas: Bookseller, 2000, pp. 249-254.

³⁴⁸ RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, pp. 33-35.

³⁴⁹ ASSIS, Araken de. Indenização do Dano Moral. In: *Revista Jurídica*, nº 236, Ano XLV, Porto Alegre: Síntese, junho de 1997, p. 6.

porque previsto na norma, mas contrário ao direito, ou seja, ilícito”. Na mesma linha, Pessoa Jorge³⁵⁰ argumenta que:

o ato ilícito constitui a violação de um dever, o que implica: em primeiro lugar, a existência desse dever e, portanto, a destinação dum comando a seres inteligentes e livres que podem conhecê-lo e obedecer-lhe; em segundo lugar, a prática voluntária de conduta diferente da devida. Não há essa violação quando o agente actua totalmente desprovido de inteligência e vontade: estamos então fora do campo do dever ser e sim no ter de ser; não há aí um mal ético-jurídico, mas apenas uma desgraça.

O *Novissimo Digesto Italiano* define o ato ilícito como

qualquer fato ou ato para o qual o ordenamento jurídico preveja uma consequência direta a se reparar, ou ainda, para reprimir os efeitos oriundos de tal fato ou ato. (...) O ilícito pode ser, portanto, definido como a violação de um interesse protegido pelo direito, consistente em um dano ou em uma ofensa, praticada contra a esfera jurídica de outrem³⁵¹

Para Antunes Varela, a conduta do agente, que pode ser um fato positivo (ato ou ação) ou negativo (abstenção ou omissão), é ilícita quando além de violar a esfera de direitos de outrem contraria um comando legal;³⁵²

Para Guido Alpa³⁵³, “é bastante expressivo o entendimento segundo o qual ato ilícito é um comportamento intencional (dolo) ou negligente (culpa), capaz de causar dano a outrem” e para Pizarro³⁵⁴, “uma ação é formalmente antijurídica na medida em que contrarie uma proibição jurídica de fazer ou não fazer, expressa em lei”.

Portanto, ato ilícito pode ser definido como qualquer conduta positiva ou negativa que contrarie uma norma jurídica.

³⁵⁰ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 68.

³⁵¹ Tradução livre de: “qualsiasi fatto o atto, al quale l’ordine giuridico ricollegghi una conseguenza diretta a riparare ovvero a reprimere gli effetti nascenti da tale fatto o atto. (...) L’illecito può essere dunque definito la violazione di un interesse protetto dal diritto e consiste in un *damnum* o in una *iniura* recata alla sfera giuridica altrui” (CRIFÒ, Giuliano, *Illecito (Diritto romano)*. In: *Novissimo Digesto Italiano* VIII (1962), pp. 153-164).

³⁵² VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. vol. I, 10ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 525-544.

³⁵³ Tradução livre de: “è assai risalente la concezione dell’atto illecito inteso come comportamento intenzione (dolo) e o negligente (colpa) tale da arrecare danno ad altri” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell’illecito – parte prima: i profili dottrinali*, 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1980, p. 109).

³⁵⁴ Tradução livre de: “una acción es formalmente antijurídica en tanto y en cuanto contraría una prohibición jurídica de hacer o omitir formalmente dispuesta por la ley” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación – Danos por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, p. 149).

O conceito de ato ilícito agrega diversos elementos e pode surgir sob mais de uma hipótese – são vários atos cuja prática é ilícita. O ato ilícito, como qualquer ato jurídico, é “um facto humano e voluntário”,³⁵⁵ não incluindo o mero fato jurídico, que é “todo o facto que produz efeitos no direito”³⁵⁶ e que não depende da intervenção humana. Mesmo assim, os atos jurídicos podem decorrer de uma ação voluntária, uma omissão voluntária, um ato negligente ou um ato imprudente, desde que qualquer um deles viole direito ou gere dano a uma pessoa (física ou jurídica).

Tais violações podem ocorrer dentro do âmbito de uma relação contratual ou fora dela, visto que as cláusulas contratuais também geram direitos para as partes, que podem ser violados da mesma forma que os direitos impostos por lei. Essa situação difere do resultado encontrado no direito norte-americano, para o qual ambas as violações são separadas em classes diferentes, sendo que a violação extracontratual forma a categoria de *torts*.³⁵⁷

Sobre a ação voluntária, apesar de haver muito a se falar, para fins desse estudo basta saber que se trata de todo ato praticado de modo ativo, voluntário e intencional por uma pessoa. A intenção de praticar o ato está presente nesse caso e não se confunde com a intenção de produzir o dano, que pode existir ou não – no primeiro caso haverá dolo e no segundo, apenas culpa.

Quanto à omissão voluntária, ela deve ser distinguida da abstenção. Apesar de conceitos muito próximos, não são idênticos, conforme elucida Marco Cohin:

É necessário, desde o princípio, distinguir-se a omissão da abstenção, por razões de nuance. No fundo, ambas as noções pressupõem uma inatividade. Porém, há diferença entre elas. Assim, na omissão, presume-se sempre um esquecimento, uma negligência, por ocasião de qualquer atividade. Já a abstenção, pressupõe inatividade, em geral.³⁵⁸

³⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*, 13ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 18.

³⁵⁶ Idem, ibidem, p. 18.

³⁵⁷ “O tort é a violação de uma obrigação imposta por lei e não por um contrato ou quase-contrato, violação sancionada por um ação de perdas e danos, visando uma reparação, cujo montante pode ser previamente convencionado pelo autor e sua vítima” (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 30).

³⁵⁸ Tradução livre de: “Deux le commencement, il faut distinguer l’omission de l’abstention: c’est une question de nuances. Au fond, les deux notions présument une inactivité. Une différence existe tout de même entre les deux sens. C’est ainsi que l’omission suppose toujours un oubli, une négligence, à l’occasion d’une activité quelconque. L’abstention suppose l’inactivité en général” (COHIN, MARCO R. *L’abstention fautive en droit civil et Pénal étude sur la responsabilité*. Paris : Librairie do Recueil Sirey, 1929, p. 38).

A omissão, portanto, é a ausência de ação quando se deveria agir, é o ato voluntário e intencional de não praticar uma determinada ação. Para aqueles que não têm dever de agir, haverá apenas uma abstenção, que não gera um ato ilícito. Tomando o contrato de locação de bens imóveis como exemplo, caso o locador decida vender o imóvel, deve notificar o locatário de sua decisão para que este possa exercer seu direito de preferência de aquisição do imóvel.³⁵⁹ Caso o locador não notifique o locatário, haverá omissão e este poderá exigir o pagamento de indenização caso sofra algum dano – após a transcrição do imóvel no registro imobiliário, sequer haverá possibilidade de reverter o negócio, sendo possível apenas o pedido de indenização. De outro lado, mesmo que o pretendo comprador saiba que o locador deixou de notificar o locatário e não o faça, incorrerá em mera abstenção, pois a lei não lhe impõe esse dever.

No âmbito do direito penal, exemplo dessa diferença é o que ocorre no caso de uma pessoa ser furtada e não receber assistência dos indivíduos que presenciam o ato. Caso houvesse um policial no local, ele teria o dever de impedir o crime e a falta dessa ação caracteriza omissão. Ao contrário, outra pessoa qualquer que por lá passasse não teria qualquer dever e seu ato seria apenas uma abstenção. Situação diversa ocorreria no caso de ser encontrada uma pessoa gravemente ferida na rua, pois nesse caso a vítima estaria sujeita a grande perigo e qualquer indivíduo fica obrigado a agir, sob pena de cometer o crime de omissão de socorro, previsto pelo artigo 135 do Código Penal.

Pessoa Jorge acrescenta ainda o seguinte sobre a omissão:³⁶⁰

Trata-se de omissão do comportamento devido, omissão que, em si mesma, pode consistir numa abstenção, se se tinha o dever de praticar um ato que não se praticou, ou numa ação positiva, se se realizou um ato quando se tinha o dever de não praticar nenhum, ou se praticou ato diferente daquele a que estava obrigado (execução parcial ou defeituosa).

Portanto, apesar de a omissão ser um comportamento passivo, pode ser positivo ou negativo. Tal situação é observada com frequência em contratos com obrigações negativas, tais como os de obrigação de não-fazer. Em contratos com cláusulas de

³⁵⁹ Lei nº 8.245/1991, artigo 27: No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca. Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente.

³⁶⁰ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 69.

confidencialidade, o dever é manter em sigilo as informações da outra parte contratante, não as divulgando e impedindo que sejam divulgadas. Nesse caso, a omissão ao dever seria divulgar essas informações ou deixar que sejam divulgadas por terceiros.

A negligência, ao contrário da ação e da omissão, é ato involuntário e não intencional. O dicionário de Caldas Aulete define a negligência como sendo o “descuido no cumprimento de tarefas ou obrigações”.³⁶¹

Para Aguiar Dias,

negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.³⁶²

Portanto, a negligência é a prática de um ato ou omissão por descuido ou falta de diligência. A pessoa poderia ter a intenção de praticar o ato devido, mas por descuido o esquece ou se confunde e deixa de praticar o ato ou pratica ato contrário.

Exemplo dessa situação é o caso de devedor que paga a dívida no dia seguinte ao do vencimento, sendo que o atraso não ocorre intencionalmente ou por falta de recursos financeiros na data do vencimento, mas sim por esquecimento. No campo da medicina, exemplo recorrente é o caso de médicos que esquecem instrumentos cirúrgicos dentro da cavidade abdominal do organismo do paciente. Pode-se afirmar que nesse caso haveria imperícia do profissional, mas a tênue separação consiste no fato de que o ato praticado por imperícia decorre de inabilidade profissional ou falta de conhecimento – ocorreria no caso do médico operar o pâncreas, pensando estar operando o apêndice, por exemplo – ao contrário da falta de atenção que é a característica mais marcante da negligência.

Aguiar Dias também reconhece essa distinção e elucida o assunto no seguinte trecho:³⁶³ “negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imperícia é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originariamente, a falta de habilidade”.

Com relação à imprudência, é um ato involuntário que ignora o cuidado que se deve ter nas situações em que tal ato é praticado. Aguiar Dias leciona que

³⁶¹ AULETE, Caudas. *iDicionário Aulete*, verbete negligência, disponível on-line em: <http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbetes&pesquisa=1&palavra=&x=7&y=9>, acessado em 15/02/2010.

³⁶² AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, vol. 1, 10ª edição, Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 120.

³⁶³ Idem, *ibidem*, p. 121.

consiste a imprudência da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.³⁶⁴

Nesse caso, a pessoa tem consciência de seu ato, que é passível de causar dano ou violar direito de outrem, e o pratica intencionalmente, esperando que o resultado seja positivo. Na verdade, não importa se aquele que pratica o ato considera mais ou menos provável o resultado danoso, basta que ele reconheça que seu ato está gerando um risco antes inexistente.

Exemplo claro de imprudência é o motorista de automóvel que dirige em velocidade acima do permitido. Nesse caso, há consciência do ato e intenção de descumprir a lei, mas é desconsiderada a possibilidade de haver outro automóvel no cruzamento ou se será possível frear o automóvel bruscamente caso surja um pedestre que tente atravessar a rua.

Assim, independentemente da espécie, todo ato ilícito praticado que resulte em dano gera responsabilidade ao infrator. O ato pode ser uma ação ou uma omissão praticada por qualquer pessoa, física ou jurídica (que age por meio de seus administradores), visando ou não o dano ou a violação de direito de outrem e mesmo nos casos em que sejam praticados sem intenção.

O artigo 942 do Código Civil³⁶⁵ prevê ainda a hipótese de prática de ato ilícito por mais de uma pessoa, situação que resultará na responsabilização solidária de todos os envolvidos.

Uma pessoa também pode ser responsável por atos que não praticou. Há hipóteses em que a responsabilidade decorre de atos praticados por terceiros ou de objetos sob a guarda da pessoa. Nos termos do artigo 932 do Código Civil,³⁶⁶ as pessoas são responsáveis pelos atos dos indivíduos sob sua guarda ou sujeição, como os pais em

³⁶⁴ Idem, ibidem, p. 120.

³⁶⁵ Código Civil Brasileiro, artigo 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.

³⁶⁶ Código Civil Brasileiro, artigo 932: São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

relação aos atos dos filhos, os tutores, aos tutelados, os empregadores, aos empregados e os hospedeiros, aos hóspedes. Quanto aos objetos sob a guarda de alguém, o artigo 938 do Código Civil³⁶⁷ determina que os danos causados pela sua queda devem ser indenizados pelos proprietários (responsabilidade *efusis et ejectis*). Nesse caso, a queda do objeto pode se tratar de mero fato jurídico, por não sofrer qualquer interferência humana, mas também ser uma fonte de responsabilidade. A análise dessas hipóteses não será aprofundada porque fogem ao escopo deste estudo.

Por fim, atos lícitos também podem gerar responsabilidade civil,³⁶⁸ sejam eles aqueles cuja ilicitude é afastada pelo preceito do artigo 188 do Código Civil,³⁶⁹ sejam aqueles decorrentes de atividades cujo risco lhe é intrínseco, conforme determina o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.³⁷⁰

Os atos enumerados pelo artigo 188 do Código Civil como lícitos em razão da condição sob a qual são praticados são os atos praticados em legítima defesa, em exercício regular de direito ou para evitar perigo eminente. Tais atos seriam atos ilícitos em circunstâncias normais, mas quando praticados para evitar um mal maior – os atos praticados em legítima defesa ou que visam evitar um perigo eminente protegem a integridade física e a vida do próprio indivíduo ou de outrem – ou assegurar um direito anterior – os atos praticados como exercício regular de um direito resultam da violação de outro direito, como no caso de um proprietário de imóvel que expulsa o invasor de suas terras – são autorizados pela lei.

Portanto, a responsabilidade deixa de existir por ausência do ato ilícito, um de seus requisitos indispensáveis. Mas a lei determina que mesmo sem ter sido violada, os prejudicados devem ter os prejuízos reparados.³⁷¹

³⁶⁷ Código Civil Brasileiro, artigo 938: Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

³⁶⁸ “Logo não coincidem os âmbitos da juridicidade e o da ilicitude. A própria consequência principal do fato ilícito – a responsabilidade da pessoa à qual ele é imputável – em nada se distingue do fato. Ele criará, simplesmente, uma relação jurídica. E existem fatos lícitos que geram dever de indenizar. (v.g., art. 160, II, [atual artigo 188,II] do Cód. Civil)” ASSIS, Araken de. *Indenização do Dano Moral*, in: Revista Jurídica, nº 236, Ano XLV, Porto Alegre, Síntese, junho de 1997, p. 6.

³⁶⁹ Código Civil Brasileiro, artigo 188: Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

³⁷⁰ Código Civil Brasileiro, artigo 927: (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³⁷¹ “Da noção de responsabilidade fundada exclusivamente na ilicitude, por culpa ou risco, chega-se afinal ao entendimento de que ao lado do **dano ilícito**, proveniente de uma ação contrária ao direito, a ciência do

Situação diversa é a que ocorre com os atos lícitos dos quais decorre um risco intrínseco. Tais atos são lícitos desde a origem e a lei não muda sua qualificação.³⁷² Entretanto, mesmo sendo lícitos, seus resultados são considerados relevantes pela lei e prejudiciais aos direitos de terceiros, de modo que geram responsabilidade independentemente de ilicitude ou culpa.³⁷³ Nesse caso, basta existir o dano e o nexo causal que o vincule à pessoa que praticou o ato para surgir a responsabilidade.³⁷⁴

A lei assim determina porque apesar de não poder impedir a prática de atividades lícitas, reconhece que a atividade desenvolvida pela pessoa (em geral jurídica) cria condições de risco que resultam em danos para terceiros ou facilitam sua ocorrência.³⁷⁵ Essas situações são atualmente bastante comuns também quando se trata de transporte e armazenamento de produtos tóxicos ou atividades que envolvam produtos nucleares, e.g.

A legislação ambiental é rica de exemplos de atividades lícitas que podem gerar responsabilidade. Essas normas enquadram na definição de poluidor qualquer um que gere degradação ao meio ambiente³⁷⁶ e pune tanto aqueles que geram dano efetivo ao meio

fim de milênio passou a aceitar a responsabilidade civil pelo **dano lícito**, ou seja, aquela lesão ao interesse de alguém que não constituiu uma contrariedade ao direito, posto que a previsão hipotética do dano vem inserida em norma permissiva. É a figura de dano tolerado, em que a ordem jurídica permite que o interesse venha sobrepor-se ao interesse do outro, impondo a despeito disso o dever de o ofensor indenizar o prejudicado” (Grifos no original. BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.25).

³⁷² “De que se tratava, com essa categoria de risco? Da instituição de uma nova causa de responsabilidade? De maneira nenhuma. O risco não é o perigo, mas uma categoria que serve para o pensar. O risco designa um princípio de repartição ligado a uma apreensão estatística e colectiva da realidade dos danos. Não há risco que não seja social. Pensar em termos de risco equivale a considerar que para o grupo o prejuízo do bem próprio não é dissociável de certos males que lhe estão necessariamente associados. Solidariamente que impõe, com toda justiça, que o grupo restabeleça, através de um mecanismo de perequação de responsabilidade, o equilíbrio desfeito” (FOUCALT, François E. *A norma e o direito*. São Paulo: Ed. Comunicação e Linguagens, 2ª ed., pp. 171-172).

³⁷³ “O ato ilícito, por sua vez, tem como atributos caracterizadores a antijuridicidade e a culpabilidade, ou seja, traduz a ação ou omissão contra legem, intencional (dolo) ou culposa. Desse modo, apenas quando a lei expressamente preveja a possibilidade da responsabilização objetiva, com fundamento na teoria do risco, é que se poderá admitir a indenização do dano decorrente de ato lícito” (STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil pela Prática de Atos Lícitos*, in: *Revista dos Tribunais*, v. 731, ano 85, São Paulo, RT, setembro de 1996, p. 88).

³⁷⁴ “De qualquer modo, alegado e provado que o dano resultou da atividade perigosa, a culpa do exercente está presumida” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. LIII, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, § 5501).

³⁷⁵ Sobre o risco decorrente apenas das atividades perigosas, apesar de não adotar essa teoria do risco, Claudio Godoy explica que “o risco deve ser inerente à atividade e não resultar do específico comportamento do agente. Trata-se de uma potencialidade danosa intrínseca do que seja uma atividade organizada, não eventual ou esporádica, diferente, mais ainda, de um isolado e casual ato praticado. Pense-se nos casos, costumeiramente citados, das atividades de mineração, transporte, produção e fornecimento de energia” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2007, p. 766).

³⁷⁶ Lei nº 6.938/1981, artigo 3º: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das

ambiente e/ou a terceiros³⁷⁷ como também aqueles que potencializem o risco já existente.³⁷⁸ Assim, mesmo empresas que agem de acordo com a lei e desenvolvem atividades úteis e essenciais à sociedade são punidas pela poluição que geram, resultado este que é inevitável.³⁷⁹

No caso dos cartéis, o ato ilícito é a própria celebração do acordo cujo objetivo é gerar aos participantes lucros monopolísticos. Há violação de norma jurídica porque a Lei nº 8.137/1990 determina que o cartel é um crime contra a ordem econômica³⁸⁰ em seu artigo 4º e a Lei nº 8.884/1994 considera essa prática uma infração à ordem econômica em seus artigos 20 e 21.

características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

³⁷⁷ Lei nº 6.938/1981, artigo 14: Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: I – à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios; II – à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; III – à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; IV – à suspensão de sua atividade. § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

³⁷⁸ Lei nº 6.938/1981, artigo 15: O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR.

³⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*, in: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, p. 40. Na síntese de Rui Stocco, “o exercício de atividade profissional perigosa, por força da teoria do risco, conduz à obrigação de reparar, independentemente da sua qualificação jurídica no plano subjetivo, pois basta a ação ou omissão causadora de perigo e que conduza o dano ligada a esse resultado, para que surja o dever de reparar” (STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil (doutrina e jurisprudência)*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 129).

³⁸⁰ Interessante perceber que via de regra uma violação à lei penal repercutirá na esfera civil, pois a violação da primeira já basta para configurar o ato ilícito, visto ser necessariamente uma violação a direito de terceiro (tal como ocorre no furto, que viola o direito de propriedade, na lesão corporal, que viola o direito à integridade física e no homicídio, que viola o direito à vida). Além disso, é muito comum a produção de um dano a partir de um crime, porque se o ato é tão grave que foi reconhecido como relevante socialmente para ser punido, provavelmente gerará um dano individual ao lesado direto além do dano à sociedade. Também o elemento da culpa usualmente está presente, pois os crimes costumam ser dolosos ou culposos. Assim, basta identificar a vinculação entre o autor do ato e o dano produzido para configurar a responsabilidade. Essa situação é reconhecida por Galeno Lacerda: “quem comete o ilícito penal, incide, em regra, também, em responsabilidade civil pelo dano causado” (LACERDA, Galeno. *Indenização do Dano Moral*, in: *Revista dos Tribunais*, v. 728, ano 85, São Paulo, RT, junho de 1996, p. 99). E também por Pietro Thimarchi: “Possiamo perciò concludere che, nel campo dell’atto illecito, i criteri di determinazione delle conseguenze alle quali si estende la responsabilità sono identici ai fini civili e ai fini penali” (THIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*, Milão: Giuffrè, 1967, p. 203).

A conduta é positiva, pois a formação dos cartéis se realiza pela ação de celebrar o contrato entre os agentes de mercado. Não se pode confundir esse ato com as obrigações decorrentes da celebração do acordo. Essas também serão ações, não omissões, mesmo em algumas hipóteses sob as quais se tenderia a pensar o contrário, como no caso de agentes que deixem de vender seus produtos em determinada região ou grupo de compradores³⁸¹ que foi alocado para outro membro do cartel. Essa tática obriga o comprador a adquirir os bens do outro agente que se torna a sua única opção, que cobra valor superior ao de mercado que funcione em ambiente de concorrência. Contudo, o ato de não vender seus produtos é uma ação, conforme se explicou no início deste capítulo. Sob a ótica interna do cartel, a omissão seria exatamente não cumprir com seu dever, que nesse caso é não vender.

Além desse ato ser ilícito, ele também gera um dano, pois apesar de o cartelista não ganhar diretamente com a prática infrativa, outros membros do acordo estarão ganhando, sustentando futuros ganhos desse membro em outras oportunidades e regiões determinadas e, principalmente, o comprador e o mercado como um todo estarão perdendo.

Por fim, vale ressaltar que não se pode confundir o ato ilícito de prática de cartel com o ato lícito de atividade empresarial que gera risco e também pode configurar responsabilidade civil. Ambos são atos distintos e que não se misturam para a análise do dano e eventual responsabilidade gerada. Uma empresa pode estar totalmente de acordo com a lei e não estar envolvida em nenhum cartel, mas, por desenvolver uma atividade de risco, como o transporte de produtos tóxicos, pode ser obrigada a pagar uma indenização aos lesados. De modo oposto, ela pode ser obrigada a pagar indenização pela prática ilícita de cartel se, além do ato ilícito, outros elementos formadores da responsabilidade civil estiverem presentes e, mesmo desenvolvendo atividades de risco, não gerar qualquer dano por essa atividade e inexistir responsabilidade por esse ato.

Contudo, ambas as responsabilidades podem ser cumulas, caso sejam identificados danos decorrentes da atividade de risco e da prática de cartel. Surgirão duas responsabilidades civis, uma decorrente de ato lícito e outra de ato ilícito, e as indenizações serão apuradas independentemente e pagas cada uma aos respectivos prejudicados.

³⁸¹ Conforme explicado no capítulo 2, não é feita referência aos consumidores porque os termos “comprador” e “adquirente” são mais genéricos, abrangendo os consumidores e também todos os demais compradores que não sejam destinatários finais desse bem. Esses últimos podem não ser considerados como consumidores, mas também são lesados pelo ato ilícito.

6.2 – DANO

6.2.1 – Conceito e classificação

O dano é outro elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil e pode até mesmo ser considerado o mais importante dos requisitos. O ato ilícito é um elemento que excepcionalmente pode estar ausente, pois como se explicou no item 6.1 a responsabilidade pode se originar da prática de ato lícito. Da mesma forma, a culpa é um elemento dispensável para os casos de responsabilidade objetiva, conforme tratará o item 6.4. Contudo, o dano sempre está presente, mesmo que indiretamente.

É possível imaginar casos nos quais a pessoa obrigada a indenizar o lesado não produziu qualquer dano, como ocorre nos casos de responsabilidade por pessoas, animais ou bens.³⁸² Entretanto, apesar de o dano não ter sido produzido pelo responsável, ele existe. O dano foi produzido por aquele pelos atos do qual é responsável. Assim, o nexo causal liga o dano ao ato praticado pelo tutelado, que está vinculado ao responsável. O ato praticado por um cachorro que morde um pedestre, e.g., faz com que os danos produzidos (ferimento) estejam ligados ao animal (nexo causal), estando este vinculado legalmente ao seu dono, que é o responsável por seus atos, por força do artigo 936 do Código Civil.³⁸³

Portanto, o dano está presente, mas não foi produzido pelo responsável pelo ressarcimento dos prejuízos gerados.

Teresa Ancona Lopez³⁸⁴ entende que o dano é uma diminuição material ou moral do patrimônio, enquanto que para Fischer³⁸⁵ o dano é todo o prejuízo que alguém sofre

³⁸² Vide artigos 932, 933, 936, 937 e 938 do Código Civil.

³⁸³ Código Civil Brasileiro, artigo 936: O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

³⁸⁴ “O conceito clássico de dano, aquele que se encontra na maioria dos autores que tratam do assunto, sendo por isso o mais divulgado, é o que se entende o dano como uma diminuição do patrimônio, tanto material quanto moral” (LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*, 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2004, p. 23).

³⁸⁵ “Todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: êsse é juridicamente irrelevante” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 7). No mesmo sentido, para Atílio Aníbal Alterini o dano pode ser compreendido de duas formas: “em sentido amplo, há dano toda vez que é lesado um direito subjetivo. Por outro lado, para que haja dano em sentido estrito, a lesão deve recair sobre certos direitos subjetivos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, cujo desrespeito gera, em determinadas circunstâncias, uma sanção patrimonial”. Tradução livre de: “en sentido *amplio* hay daño toda vez que se lesiona un derecho subjetivo. En cambio, para que haya daño en sentido *estricto* la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera – en determinadas circunstancias – una sanción patrimonial” (ALTERINI, Atílio Aníbal. *Responsabilidad civil: limites de la reparacion civil*, v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, p. 123).

pela violação de seus bens jurídicos, extrapolando o conceito de patrimônio e tornando o conceito mais abrangente.

Anteriormente, tentava-se embutir no conceito de dano a mensuração do prejuízo experimentado pelo lesado, utilizando a comparação entre o patrimônio inicial e o patrimônio final do ofendido para estabelecer a extensão do dano.³⁸⁶ Em verdade, tais definições não conceituavam o dano, que é o fato ocorrido, mas sim o seu resultado, que é o prejuízo imposto à vítima, ou confundiam os dois conceitos.

Com o aumento da complexidade das relações jurídicas, a necessidade de comparação entre os patrimônios foi mitigada, pois em muitos casos a situação fática, apesar de apresentar um dano efetivo, impossibilita o cálculo da alteração quantitativa do patrimônio do lesado e, portanto, não atenderia à definição. Em algumas ocasiões a alteração do patrimônio é de difícil constatação, como no caso de crimes ambientais. Como saber a diferença de valor do patrimônio ambiental, cujo titular é toda a sociedade, antes e depois do corte ilegal de uma árvore? Ou após a morte de um animal ameaçado de extinção? Em outras situações o dano não gera diminuição do patrimônio, mas impede que ele aumente, como no caso de cartéis que decidam manter estagnado o nível de qualidade dos produtos, ou seja, nenhum membro do cartel pode desenvolver melhorias aos produtos.

Portanto, as definições mais modernas de dano levam em consideração que não importa a diferença de valor entre o patrimônio existente antes e depois da ofensa. Basta que o patrimônio seja atingido com o ato. O dano deve ser objetivamente verificado e não pode existir nenhuma dúvida sobre sua ocorrência, diferentemente da sua quantificação, que é tarefa posterior à sua identificação e pode estar sujeita à dúvida e variações.³⁸⁷ Por isso, a definição não pode abranger os dois momentos.

Nesse sentido, atualmente o dano é definido pela maioria dos autores como “toda a ‘perda ou prejuízo consistente no aniquilamento ou alteração de uma situação favorável ao sujeito’”,³⁸⁸ como a “lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda ou danificação de uma coisa, ou na ofensa a integridade física, moral ou psíquica

³⁸⁶ “Segundo o conceito tradicional do direito, o dano, entendido, em essência, como a diminuição do patrimônio, pode ser definido, de forma genérica como ‘a diferença entre o valor do patrimônio do lesado depois do evento danoso e o valor que esse mesmo patrimônio teria atualmente caso não houvesse verificado tal evento’” (BUSNELLI, Francisco Donato. *Ilícito Civil*. In: Trabalho e doutrina, Processo Jurisprudência, 11, São Paulo: Saraiva, dezembro de 1996, p. 92).

³⁸⁷ “A incerteza pode recair sobre o valor do dano (ou seja, sobre o *quantum debeatur*), nunca, porém, sobre sua existência (ou seja sobre o *an debeatur*)” (BUSNELLI, Francisco Donato. *Ilícito Civil*. In: Trabalho e doutrina, Processo Jurisprudência, 11, São Paulo: Saraiva, dezembro de 1996, p. 94).

³⁸⁸ BUSNELLI, Francisco Donato. *Ilícito Civil*. In: Trabalho e doutrina, Processo Jurisprudência, 11, São Paulo, Saraiva, dezembro de 1996, p. 94.

de uma pessoa”³⁸⁹ ou como “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.³⁹⁰

Porém, essas definições ainda deixam a desejar pelo fato de visarem o prejuízo produzido pelo dano, não apenas o fato em si. A análise cuidadosa da realidade demonstra que existem três momentos distintos: a prática do ato, a produção do dano e a geração do prejuízo. O ato praticado atinge o lesado e produz o dano, que é um evento materialmente verificável sobre um bem jurídico – materialmente deve ser considerado no seu conceito mais genérico, que significa algo verificado no mundo dos fatos, da matéria, e captado pelos sentidos. O prejuízo é o resultado desse evento experimentado pelo bem jurídico, ou seja, quais perdas ou transformações lhe foram impostas por consequência do dano. O bem jurídico poderá ser material ou imaterial.

No caso de um automóvel que colida com outro, o ato praticado é a colisão e o dano é a quebra do farol ou o amassado da lataria, e.g., ou seja, toda a matéria que é destruída. O prejuízo nesse caso será o custo de substituição do farol e da reconstituição da lataria do automóvel, bem como a desvalorização do automóvel no momento da alienação. Em outra situação, se alguém chama uma pessoa de ladra, o ato é a ofensa e o dano é o fato do ofendido e todas as eventuais pessoas presentes ouvirem essa revelação – o evento nesse caso também é material, pois apesar de não atingir nenhuma substância, é audível por todos. O prejuízo, consequência do ato, será a baixa estima do ofendido, a dor emocional que sentirá e a aversão que os terceiros terão a respeito de seu caráter – nesse momento, apesar de o dano (fato) ser material, o bem atingido é imaterial (direitos de personalidade: plano psicológico do ofendido e sua imagem moral perante a sociedade).

Essa separação entre os momentos da ocorrência do dano e da apuração dos prejuízos por ele gerados não é feita formalmente pelos autores, que incluem todas essas circunstâncias agregadamente na definição de dano. Todavia, ao tratarem do dano, mesmo com essa impropriedade na definição, diversos autores fazem alusão ao longo de suas análises aos dois momentos em que se desdobra o dano e reconhecem incidentalmente a separação entre o fato e a consequência.

³⁸⁹ BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 43-44.

³⁹⁰ BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, 3ª ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 126. Esse conceito, segundo o autor, coincidiria com o de Josef Esser “o dano há de causar um prejuízo, uma perda ou uma depreciação (‘Einbusse’); há de recair sobre bens jurídicos de uma pessoa e há de ser, de alguma forma, susceptível de ressarcimento” pelo que o conceito de dano teria “base fáctica e somente é possível penetrá-lo quando se parte de uma natural percepção da depreciação”. Tradução livre de: “el daño ha de causar un perjuicio, pérdida o menoscabo (‘Einbusse’), ha de recaer sobre bienes jurídicos de una persona y ha de ser, de alguna forma, susceptible de resarcimiento” (...) “base fáctica, y sólo es posible penetrarlo cuando se parte de una percepción natural de menoscabos” (pp. 126-127).

A separação desses dois momentos de ocorrência do dano decorre de uma observação natural dos fatos e pode ser notada mesmo em textos dos autores que tradicionalmente classificam o dano em material ou moral, com relação à natureza do prejuízo gerado, tal como escreve Limongi França:³⁹¹ “existem danos morais que, como é sabido, podem levar a prejuízos materiais”.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain declaram que historicamente existia a separação entre os termos lesão e prejuízo,³⁹² apesar de não considerarem tal distinção relevante atualmente. Por outro lado, Guido Alpa³⁹³ reconhece a atualidade dessa separação e afirma que:

o dano surge como decorrência da violação de interesse, de bem protegido ou do direito subjetivo (à saúde, à integridade físico-psíquica, à propriedade etc.); - ou como consequência da violação do direito subjetivo.

Em outro texto, o mesmo autor reconhece a separação do dano em lesão, resultado e obrigação de ressarcimento, pois são três momentos distintos para análise.³⁹⁴

Teresa Ancona Lopez reconhece que um mesmo evento pode dar origem a diversas indenizações,³⁹⁵ bem como Antônio Herman Benjamin também reconhece essa divisão ao destacar que uma única atividade poluidora pode gerar diferentes prejuízos,

³⁹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do Dano Moral*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33, Ed. Centro de Estudos, São Paulo, jun. de 1990, p. 183.

³⁹² “Busca-se apoio na origem histórica dos termos para se recordar que, no direito romano, o ‘damnum’ da lei aquilia, que era uma ofensa à integridade física, não possuía o mesmo sentido que ‘praejudicium’. O dano seria a lesão, o atentado a um bem ou à integridade física de uma pessoa, isto é, um simples fato, sem significado jurídico. Com relação ao prejuízo, somente considerado sob o prisma do direito, seria uma consequência patrimonial ou extrapatrimonial do dano, constituindo objeto de uma indenização”. Tradução livre de: “Il s’appuie sur l’origine historique des termes pour rappeler qu’en droit romain le «damnum» de la loi aquilia, qui était l’atteinte à l’intégrité physique, n’avait pas le même sens que le «praejudicium». Le dommage serait la lésion, l’atteinte soit à un bien, soit à l’intégrité physique d’une personne, c’est-à-dire un simple fait sans signification juridique. Quant au préjudice, seul pris en compte par le droit, il est une conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale du dommage et est l’objet d’une indemnisation” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de la Responsabilité*, 3^a édition. Paris : L.G.D.J, 2006, pp. 3-4).

³⁹³ Tradução livre de: “il danno è inteso: - O come la violazione dell’interesse, del bene protetto o del diritto soggettivo (alla salute, alla integrità fisio-psichica, alla proprietà, etc.); - o come conseguenza della violazione del diritto soggettivo” (ALPA, Guido. *Il danno alla persona oltre le esperienze nazionali. Una prospettiva europea*. In: *Responsabilità civile e previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*. Milão: Giuffrè, 1998, p. 334).

³⁹⁴ ALPA, Guido. *La responsabilità oggettiva*. In: *Contratto e impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*, ano 21, Padova, Cedam, 2005, p. 1003.

³⁹⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*, 3 ed. revista, ampliada conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2004, pp. 27-28.

sendo que cada um deles pode afetar um grupo diferente de pessoas, prejudicando desde indivíduos isolados até toda uma coletividade.³⁹⁶

Antonio Junqueira de Azevedo estudou com profundidade a divisão desses dois momentos que permeiam a definição do dano e adotou a nomenclatura de dano-evento e dano-prejuízo para identificá-los, *in verbis*: “é preciso distinguir entre o dano-evento e o dano-prejuízo; o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo, a consequência dessa lesão”.³⁹⁷

O autor define que o dano-evento é o momento do ato da lesão em si, em que o evento é observado e que constitui o critério imediato de apreciação do dano. O dano-prejuízo é o segundo momento, em que são verificadas as consequências dessa lesão, que surgem de maneira mediata.

Portanto, pode-se dizer que o dano é a lesão a um bem jurídico,³⁹⁸ quer seja ele tangível ou intangível, que gera prejuízo.

A distinção entre os dois planos do dano é essencial para que possa ser desenvolvida uma classificação que consiga abranger todas as situações reais dentro de alguma de suas espécies. Tal classificação se foca no bem lesionado ao invés dos resultados do dano.

A definição da palavra dano³⁹⁹ e o ato que lhe deu origem demonstram claramente que há uma seqüência de dois momentos muito próximos, mas que não se misturam. Há o ato da lesão em si e existem também os seus efeitos ou consequências.

³⁹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, pp. 48-51.

³⁹⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291.

³⁹⁸ Será utilizada a expressão “bem jurídico” em vez de “patrimônio”, pois o conceito deste é controverso com relação a alguns aspectos, especialmente quanto à inclusão apenas dos bens patrimoniais (apuráveis financeiramente) ou também dos não-patrimoniais e quanto à inclusão apenas dos ativos (soma dos bens com valor positivo) ou também dos passivos e obrigações da pessoa. Mesmo que se fixe uma definição de patrimônio, ele poderá ser integrado por bens tangíveis e intangíveis e, portanto, os bens pertencentes a cada uma dessas espécies poderão ser patrimoniais ou não-patrimoniais. Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 391-400; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 172; STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* (doutrina e jurisprudência), 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1233.

³⁹⁹ De acordo com dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o vocábulo dano pode significar “1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 519). Rui Stocco, por sua vez, escorado em De Plácido e Silva, afirma que “a expressão ‘dano’ deriva do latim *damnum*, que, genericamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo ao seu patrimônio” (*Tratado de responsabilidade civil* (doutrina e jurisprudência), 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1231). “1. Modificação ou alteração (por processo natural, por acidente, ou por ação intencional), que torna algo defeituoso; perda de certas boas

Tomando como exemplo o ato da quebra do vidro de uma janela tem-se como ato da lesão a destruição da matéria que formava o vidro, composto de seus diversos elementos (areia, sílica etc.). Os efeitos desse ato, por consequência, seriam a perda do valor econômico do vidro e a sua imprestabilidade ao antigo proprietário para isolar o ambiente externo do interno de seu imóvel.

No caso dos cartéis, tem-se que o ato ilícito é o acordo entre os agentes de mercado, o dano é composto pelas alterações sofridas pelo mercado em razão das decisões do cartel e o efeito (prejuízo) é o pagamento pelos compradores de valor acima do que normalmente seria cobrado pelo bem, além dos demais efeitos relacionados à perda do mercado, conforme se verificou no capítulo 5.

Para classificar o dano com relação à natureza do prejuízo gerado, tradicionalmente separa-se o dano em material e moral. O dano será material se puder ser reparado ou avaliado e será moral se puder ser apenas compensado, não sendo monetariamente quantificável.

Contudo, essa classificação não é eficaz e adequada para os problemas atuais, devendo cair em desuso. Ela torna impossível a classificação de danos que não sejam claramente apenas materiais ou morais, como é o caso do dano estético, em que estão presentes elementos de ambas as espécies. O dano estético atinge o corpo da pessoa e além de ferir um órgão ou tecido, tal ferimento também causa uma modificação na imagem do indivíduo, alterando seus caracteres de beleza e podendo até mesmo transfigurar por completo a sua imagem externa.⁴⁰⁰

Nesse sentido, este estudo tratará o dano separado em seu dois planos: o âmbito da lesão e o âmbito dos efeitos, sendo que este último se desdobra em dano material e dano moral. A classificação tradicional não é inútil e, muito pelo contrário, encontra-se apenas deslocada. Ela faz sentido ao tratar do dano no âmbito dos seus efeitos, que é o segundo estágio de análise do dano. Portanto, ela será adotada para a análise dos efeitos do dano, mas precedida da fase em que será identificada cada uma das lesões ocorridas.

qualidades, da boa condição, do valor, da beleza, utilidade etc.” (AULETE, Caudas. *iDicionário Aulete*, verbete dano, disponível on-line em: < http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbetes&pesquisa=1&palavra=&x=7&y=9>, acessado em 15/02/2010).

⁴⁰⁰ “O dano estético, que o art. 1538 § 1º, do Cód. Civil [de 1916] designa de aleijão ou de deformidade, apresenta análoga ambivalência. A perda de um olho poderá diminuir a capacidade de trabalho. Neste caso se cuidará de dano patrimonial. Mas, ao mesmo tempo, poderá provocar compreensível diminuição da auto-estima do lesado, e, então, se caracterizará como dano moral puro” (ASSIS, Araken de. *Indenização do Dano Moral*, in: *Revista Jurídica*, nº 236, ano XLV, Porto Alegre, Síntese, junho de 1997, pp. 9-10).

Tendo em vista os estudos de Junqueira de Azevedo e a fixação de uma nomenclatura própria para essa separação dos âmbitos de influência do dano, tais termos serão utilizados para este trabalho. Assim, o dano no seu primeiro momento, em que é um fato verificável no mundo e quando ocorre a lesão, é chamado de dano-evento, enquanto que as consequências por ele geradas sobre o bem jurídico atingido pertencem ao grupo do dano-prejuízo.

Além da classificação pela natureza do prejuízo gerado, o dano também pode ser classificado em outras categorias, sendo que Savatier define as seguintes:⁴⁰¹ (i) dano direto e indireto; (ii) dano certo e incerto; (iii) dano determinado e indeterminado; e (iv) dano atual, futuro ou eventual.

O autor explica a diferença de cada uma das categorias. O dano direto é aquele gerado como consequência imediata e direta do ato praticado, sem qualquer outra intervenção, sendo que o dano indireto provém de uma sequência de eventos intermediários que se desdobram a partir do ato que foi praticado. O dano em ricochete⁴⁰² pertence à categoria de dano indireto. Ele é aquele gerado indiretamente a terceiros pelo ato praticado pelo agente contra a vítima.⁴⁰³ Caso um motorista de caminhão sofra um acidente na estrada e deixe de entregar um carregamento de vidros na empresa fornecedora de janelas para a qual trabalha, essa empresa não conseguirá finalizar a produção das janelas e deixará de fazer a entrega para uma construtora de edifícios, sua cliente. A construtora, por sua vez, atrasará a obra, sofrendo prejuízos. O dano suportado pela construtora é o dano em ricochete, sofrido indiretamente em razão do acidente sofrido pelo motorista de caminhão.

A diferença entre o dano certo e o incerto é que na primeira situação o dano é facilmente constatável a partir do ato lesivo, enquanto que no segundo caso há dúvidas sobre a ocorrência do dano. Caso um cartel faça a divisão de áreas de atuação entre seus membros, mas não combine os preços a serem cobrados pelos produtos vendidos, haverá

⁴⁰¹ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 12ª ed. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1951, pp. 87-91.

⁴⁰² VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de la Responsabilité*, 3ª ed. Paris : L.G.D.J, 2006, pp. 74-77.

⁴⁰³ “É bastante comum que alguém se pretenda vítima de um prejuízo sofrido em decorrência de dano suportado por outrem. Nesse caso, trata-se do que se costuma chamar indiferentemente de prejuízo reflexo, de prejuízo em ricochete ou de prejuízo indireto”. Tradução livre de: “Il est assez fréquent qu’une personne se pretende victime d’un préjudice subí par répercussion du dommage affectant une autre personne. On se trouve alors en présence de ce que l’on nomme indifféremment un préjudice «réfléchi», un préjudice «par ricochet» ou un préjudice «indirect»” (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*, 5ª ed. Paris : Dalloz, 2000, pp. 140-141.

dúvida sobre a ocorrência de dano direto ao consumidor. Como se explicou no capítulo 5, a simples existência do cartel gera prejuízo ao mercado e vários danos podem ser identificados, como o desinvestimento em pesquisa e desenvolvimento, em razão da inexistência de concorrência real entre os agentes.

Contudo, se não for provado o aumento de preço dos produtos, o dano direto àqueles que adquiriram tais bens será incerto.

Os casos de perda de uma chance também são exemplos de situações em que o dano é incerto. O ato praticado impede que se concretize uma determinada situação, mas esse bloqueio torna impossível saber se o dano realmente ocorreria. Exemplo clássico é um ato que impeça o dono de um premiado cavalo de corridas incluir o seu animal no páreo. O resultado desse ato é incerto, pois não se sabe se realmente ocorreu um dano. Considerando que o cavalo ganhasse a corrida, se houvesse competido, há um dano ao seu proprietário, pois sob essa hipótese ele deixou de ganhar o dinheiro do prêmio, além da valorização do preço de seu cavalo, que acumularia vitórias em seu histórico. Ao contrário, se o cavalo fosse o último colocado, a situação seria a mesma de não ter competido – poderia até mesmo ser uma situação melhor, pois deixaria de perder uma corrida – e sob essa hipótese inexistiria qualquer dano decorrente do ato que impediu a chegada do cavalo ao hipódromo.

A indenização nesses casos deve ser calculada com base na probabilidade de vitória do cavalo, que é a probabilidade de ocorrência do dano.

Quanto à diferença entre dano determinado e indeterminado, no primeiro caso o dano pode ser auferido ou calculado com facilidade, sendo que na segunda situação o valor de uma possível indenização é indefinido. Exemplo de dano indeterminado é o dano à honra de uma pessoa. Não há uma forma de calcular matematicamente o prejuízo que é gerado a alguém que é ofendido em público. Assim, ao contrário do dano incerto, como ocorre nos casos da perda de uma chance, o dano é indeterminado por dúvida quanto à sua valoração, não sobre sua ocorrência.

Apesar de as duas categorias não se confundirem, o dano pode ser ao mesmo tempo incerto e indeterminado. No caso do cavalo que sequer compete no páreo, há dúvidas quanto ao resultado, mas o valor do prêmio é determinado, variando apenas quanto à colocação do competidor dentre os demais.

Cavaliere utiliza como exemplo de dano em ricochete o caso de dois motoristas que colidem seus automóveis em plena estrada, gerando um enorme congestionamento.⁴⁰⁴

Nessa situação, o dano gerado aos demais motoristas da via é indireto e poderá ser incerto e/ou indeterminado de acordo com a rotina de cada um. O dano será indireto, incerto e indeterminado para uma pessoa que em razão do congestionamento perca uma reunião em que seria celebrado um negócio jurídico ainda pendente de negociação. Portanto, há dúvida tanto sobre a celebração do negócio jurídico como quanto às condições em que seria realizado, que interferem na valoração do lucro que potencialmente seria auferido.

O fato de tais danos serem identificados não resulta obrigatoriamente no pagamento de indenização, que dependerá da análise do nexo causal, elemento necessário para a configuração da responsabilidade.

Por fim, cabe tratar da diferenciação entre dano atual, futuro e eventual. O dano atual é aquele sofrido instantaneamente pela vítima. Os danos futuros são aqueles sofridos diretamente pela vítima, mas cuja verificação se dá em momento posterior. Os danos futuros são certos, pois se houver dúvida quanto à sua ocorrência, o dano será eventual. É eventual o dano que no momento da prática do ato é incerto, mas que depende de fatos futuros para se concretizar.

Não se confunde o dano eventual com o incerto, pois sobre este paira uma dúvida que não poderá ser sanada, enquanto que a dúvida sobre aquele desaparecerá no futuro. Dado o exemplo do cavalo anteriormente exposto para ilustrar a perda de uma chance, se um acidente fizer com que o cavalo perca uma de suas ferraduras e não for possível recolocá-la antes do páreo, mas não o impeça de participar da corrida, o dano dependerá do resultado. Caso o cavalo seja vitorioso, mesmo lhe faltando uma ferradura, inexistirá dano.

O mesmo ocorre com os cartéis formados por agentes de mercado que detêm baixa participação de mercado. Caso um grupo de empresas que conjuntamente detenham menos de 5% de participação de mercado, por exemplo, reúna-se para combinar o aumento do preço de seus produtos, estará caracterizado o crime de cartel, conforme explicado no item 4.1. Entretanto, caso após a reunião que definiu o acordo os cartelistas não consigam aumentar os preços, visto não terem a capacidade de alterar o funcionamento do mercado, inexistirá dano. No momento do ilícito o dano era eventual, e apesar de não ter se

⁴⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

concretizado, poderia ter ocorrido caso os participantes do cartel fossem capazes de alterar os preços ou agregassem ao grupo algum agente que detivesse poder de mercado.

Determinado que dano é a lesão a um bem jurídico, quer seja ele tangível ou intangível, os itens seguintes serão dedicados a classificar o dano com base na natureza da lesão, quanto ao aspecto do dano-evento, e na natureza de sua consequência, na esfera do dano-prejuízo.

6.2.2 – Dano-evento

O dano-evento é o âmbito da efetiva ocorrência do dano, em que a lesão ao bem jurídico, é âmbito em que a efetiva ocorrência do dano é faticamente verificável. Importa nesse momento conhecer a natureza do bem jurídico atingido – que pode ser um bem corpóreo (material) ou incorpóreo (imaterial)⁴⁰⁵ – e não qual será a consequência da lesão – que também pode ser corpórea (material) ou incorpórea (imaterial) –, pois ainda não se pensa nos efeitos nem na indenização. São três elementos diferentes atingidos pelo ato praticado, que apesar de muito próximos não podem ser confundidos: bem jurídico,⁴⁰⁶ que pode ser corpóreo (e.g. prédio) ou incorpóreo (e.g. direito de preferência para aquisição de um imóvel); lesão sofrida, que também pode ser corpórea (e.g. a quebra do vidro de uma janela) ou incorpórea (e.g. a ofensa pública de uma pessoa); e prejuízo resultante, que da mesma forma pode ser corpóreo (e.g. diminuição do valor do bem) ou incorpóreo (e.g. sofrimento por que passa a vítima da lesão).

Também não se pode confundir o ato praticado (ilícito ou não) com qualquer um desses elementos. A prática do ato é o lado ativo da relação em que o dano-evento (lesão) é o passivo, enquanto que o bem jurídico é o objeto de ambas. O dano-prejuízo é a consequência verificada em razão da interação inicial desses três elementos.

Considerando que alguém rasgue um livro, e.g., poderão ser identificadas as seguintes situações: o bem jurídico é o livro; o ato é a ação de rasgar o livro (ação); o dano-evento (lesão) é o fato de o livro estar rasgado (situação); e o dano-prejuízo é a perda do valor material relativo ao livro pelo seu proprietário.

Caso o livro fosse um presente de infância dado ao dono por seu avô, nenhuma das primeiras três situações se alteraria, mas o dano-prejuízo seria diferente. Nesse caso, além da perda de valor material, o proprietário sofreria também uma dor emocional

⁴⁰⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 297-303.

⁴⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 400-405.

(imaterial) pela perda. Ao contrário, utilizando exemplo totalmente diferente, se o bem fosse a patente sobre uma invenção, o bem seria imaterial, mas o dano-prejuízo seria material, resultante da perda de valor sofrida pelo proprietário da patente em razão de sua violação, ou o valor que seria deixaria de ser recebido.

O dano-evento é o critério imediato de apreciação do dano e é por meio dele que se verifica qual bem jurídico foi atingido. Assim, o objeto do dano é o principal foco de atenção do dano-evento.

Em qualquer das hipóteses, a titularidade dos direitos sobre esses bens será de uma pessoa ou um sujeito de direitos. Portanto, a análise do dano-evento inicia com a determinação dos titulares dos bens atingidos que podem ser lesionados, quais sejam: as pessoas naturais (ou pessoas físicas), as pessoas jurídicas e a sociedade (ou coletividade).

Tais entes constituem três categorias diferentes de titularidade dos bens e são os que sofrem o prejuízo decorrente da lesão infligida a tais bens. Em qualquer uma das categorias existem dois gêneros de bens protegidos, os tangíveis e os intangíveis, a partir dos quais se ramificam todas as espécies de bens existentes, cuja enumeração exaustiva é impossível.

A categoria do dano-evento à pessoa natural é aquela que abrange todas as lesões sofridas pelos bens possuídos por um indivíduo. Os gêneros atingidos podem ser o dos bens tangíveis ou o dos bens intangíveis. Quanto aos primeiros, são espécies todos os bens materiais detidos pela pessoa, sobre os quais é possível a apuração de seu valor econômico. Por razões lógicas, é inviável enumerar todos os bens que integram esse gênero.

O gênero dos bens intangíveis inclui duas espécies: os direitos de personalidade e os demais direitos pertencentes à pessoa.

Sobre os direitos de personalidade, eles são bens intangíveis e são protegidos pela Constituição Federal⁴⁰⁷ e pelo Código Civil.⁴⁰⁸ Dentre todos os direitos assegurados, estão os direitos à vida, à integridade física, à dignidade humana, à intimidade, à honra, ao nome e à imagem das pessoas. Com base em tais direitos, podem ser indicadas as seguintes

⁴⁰⁷ Constituição Federal Brasileira, artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - **a dignidade da pessoa humana**; 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: (...) IX - **é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação**, independentemente de censura ou licença; X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (grifos nossos)

⁴⁰⁸ Código Civil Brasileiro, artigos de 11 a 21.

subespécies que concentram as hipóteses possíveis de dano-evento: dano biológico, dano estético, dano ao nome e à honra, dano à privacidade e dano psíquico.

O dano biológico decorre da violação ao corpo da pessoa natural que prejudica a sua saúde e integridade física. A lesão pode atingir as partes externas ou internas do corpo e estão abrangidas nesse grupo todas as hipóteses que se relacionam ao organismo humano. Assim, podemos considerar como dano biológico as hipóteses de dano à saúde,⁴⁰⁹ dano à esfera sexual⁴¹⁰ e dano na vida de relação⁴¹¹ previstas por alguns autores.⁴¹² Inclui-se nessa subespécie também o dano ao cérebro que tenha efeitos externos, não afetando o funcionamento do sistema nervoso central humano – caso contrário, haverá um dano psíquico. Portanto, considera-se dano biológico a lesão mecânica ao corpo da pessoa natural, não alterando sua aparência externa de modo permanente ou a capacidade mental.

O dano estético é uma variação do dano biológico. Apesar de ser uma lesão que também viola o corpo da pessoa natural e prejudica a sua saúde e integridade física, ela atinge a parte externa do corpo, gerando alguma deformidade e alteração da aparência e padrão de beleza da vítima. Assim, ao contrário do dano biológico em que a lesão prejudica o funcionamento do corpo, o dano estético se refere à alteração da aparência, mesmo que todas as funções corporais se mantenham inalteradas.

Também estão incluídas as alterações de aparência que não sejam visíveis para terceiros, posto que a vítima notará a mudança e sofrerá por não ter mais a aparência original. Assim, um corte debaixo do braço é considerado dano estético tanto quando um corte no rosto. A verificação do nível de alteração de aparência e dos reflexos sociais gerados⁴¹³ por essa diminuição do nível de beleza é feita no momento da análise do dano-prejuízo e implica na configuração dos danos material e moral.

O dano ao nome e à honra de uma pessoa natural é uma lesão que atinge a sua imagem perante a sociedade. Nesse caso, a imagem não é a aparência da pessoa, mas sim o

⁴⁰⁹ Pode-se considerar que o conceito de dano à saúde está contido no conceito de dano biológico, pois seria uma lesão mais grave ao organismo e, portanto, uma hipótese mais agravada deste último.

⁴¹⁰ O dano à esfera sexual é a lesão que causa a perda da possibilidade de procriação ou do prazer íntimo das pessoas. Portanto, por ser também uma violação ao corpo, pode ser incluído na definição de dano biológico.

⁴¹¹ O dano na vida de relação é a perda de algumas funções corporais que limitam a vida da pessoa, tais como paralisia e deformidades muito grandes. Assim, além de prejudicar a sua convivência social, impõe grande frustração ao lesado, que deixa de poder executar projetos de vida inviabilizados depois da lesão.

⁴¹² ALPA, Guido, *Il danno biologico – percorso di un'idea*, Padova (Italia), Cedam, 1987; CRICENTI, Giuseppe, *Il danno no patrimoniale*. Padova (Italia): Cedam, 1999; PARADISO, Massimo. *Il danno alla persona*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1981.

⁴¹³ Luiz Alberto David Araujo define como imagem-retrato a representação física das pessoas, formada pelas partes do corpo e características físicas através das quais é possível identificar a pessoa. (ARAUJO, Luiz Alberto David. *O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional*. In: Revista do Advogado, ano XXIII, nº 73, Nov. 2003, pp. 119-122).

conceito que os demais indivíduos constroem sobre essa pessoa ao longo da vida, que dizem respeito ao seu caráter, modo de agir e relacionamento com terceiros.⁴¹⁴

Atos que geram tal dano podem ser tanto ofensas diretas feitas em público ou pequenas ações dissimuladas deflagradas secretamente contra a vítima por meio do contato direto com as pessoas com as quais se relaciona.

Além disso, a utilização do nome ou imagem de uma pessoa natural por terceiros só pode ocorrer se autorizada previamente pelo titular. Tais direitos são invioláveis e sua cessão deve ser expressa, nos termos dos artigos 17 a 20 do Código Civil.

Em suma, o dano ao nome e à honra pode ser gerado pela utilização não-autorizada do nome ou imagem de uma pessoa ou por qualquer ato que altere o julgamento sobre a vítima feito por aqueles que participam do meio social em que convive ou o público em geral, caso a vítima seja reconhecida publicamente.

O dano à privacidade é a lesão que atinge a privacidade da vítima em qualquer de seus níveis,⁴¹⁵ seja o direito que tem sobre suas informações particulares, segredos íntimos ou mesmo a de caminhar tranquilamente pela rua ou frequentar locais públicos sem que seja perturbada. A invasão da privacidade em qualquer nível, para que não configure uma violação, deve ser autorizada pela pessoa e, mesmo assim, não pode ser estendida para terceiros sem autorização – como no caso de alguém repassar informações confidenciais por uma pessoa de sua confiança.

O nível de proteção à privacidade varia de acordo com a posição ocupada pela pessoa na sociedade e é definida subjetivamente de acordo com aquele que detém os direitos. Assim, se alguém abordar na rua uma pessoa totalmente desconhecida e tirar uma foto, estará invadindo indevidamente sua privacidade. Ao contrário, se o mesmo for feito com um famoso artista de televisão ou pessoa que ocupe cargo público de destaque, desde que não haja ofensa à imagem dessas pessoas, ocorrerá violação da privacidade, mas ela

⁴¹⁴ A imagem-atributo, é a figura pública criada pelas pessoas no meio social, um padrão de conduta e personalidade que é reconhecido por aqueles que pertencem ao mesmo convívio social. (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional*. In: Revista do Advogado, ano XXIII, nº 73, Nov. 2003, pp. 122-126).

⁴¹⁵ A privacidade pode ser observada como três círculos concêntricos, dos quais a privacidade propriamente dita seria o círculo mais externo, a intimidade seria o intermediário e o segredo seria o círculo mais interno. Assim, a violação do direito à privacidade não seria um ato absoluto, mas sim uma agressão relativa, que poderia afetar apenas um ou dois dos níveis da privacidade, sem atingir a esfera do segredo. Cf.: FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – A honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 137; e BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito da personalidade à intimidade*, disponível on line: www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num1/cap09.pdf, acessado em 15/01/2010.

será tolerada. Dada a posição de proeminência social desses indivíduos, não se pode esperar que sejam tratados como desconhecidos.

Entretanto, quando se aprofunda no nível de privacidade da pessoa, como nos casos em que ela está dentro de casa, por exemplo, não há distinção do grau de proteção entre os indivíduos. Nesse caso, trata-se da intimidade pessoal, nível mais profundo da privacidade, e tanto um desconhecido como uma pessoa famosa gozam do mesmo grau de proteção.

Por fim, a última subespécie dos danos aos direitos de personalidade da pessoa natural é o dano psíquico, que é aquele que afeta a mente da vítima, ofendendo a sua auto-estima, prejudicando o desenvolvimento da sua capacidade mental ou o correto discernimento da realidade.⁴¹⁶ Esse dano pode ser chamado de dano moral *stricto sensu*, pois apesar de moral geralmente se referir a tudo que não é material,⁴¹⁷ em seu sentido mais estrito pode ser definido como tudo que diz respeito à inteligência ou ao espírito.⁴¹⁸

O dano psíquico pode não ser manifestado de maneira explícita e deter baixa carga de objetividade, mas atinge gravemente a vítima e muitas vezes de maneira definitiva. O caso da morte de um filho é um exemplo de dano psíquico aos pais, pois o fato de ele estar morto lhes causa extrema tristeza e angústia que jamais será reparada.

Da mesma forma, uma professora que freqüentemente chame um de seus alunos de ignorante, gera um dano psíquico. Caso a professora faça isso em público, também causará um dano ao nome e honra, pois afetará o conceito do aluno perante seus colegas. Contudo, mesmo ofendendo o aluno reservadamente, o fato de repetir o ato com freqüência poderá inculcar na mente da criança que ela não tem capacidade para os estudos e gerar um desestímulo que pode se perpetuar pelo resto de sua vida.

O dano aos bens intangíveis das pessoas naturais também pode atingir outros direitos, que não sejam direitos de personalidade. Pode ser atingido qualquer direito subjetivo legal ou convencional atribuído à pessoa, tais como o direito de preferência para compra do imóvel que é assegurado ao locatário pelos artigos 27 e seguintes da Lei 8.245/1991 (Lei de Locação), o direito de retirada assegurado aos sócios de sociedades

⁴¹⁶ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de la Responsabilité*, 3ª ed. Paris : L.G.D.J, 2006, pp. 47-49.

⁴¹⁷ Vide item 6.2.3.2.

⁴¹⁸ “1. Conjunto de regras de conduta, inerente ao espírito humano, aplicáveis de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, ou a grupo ou pessoa determinada, proveniente dos estudos filosóficos sobre a moral; (...) 4. O conjunto dos valores morais de cada um” (AULETE, Caudas. *iDicionário Aulete*, verbete moral, disponível on-line em: < http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbetes&pesquisa=1&palavra=&x=7&y=9>, acessado em 15/02/2010).

pelo artigo 1.029 do Código Civil, ou quaisquer outros direitos decorrentes das relações jurídicas nas quais a pessoa está envolvida.

Dentre tais direitos estão os direitos à produção do intelecto (ou de propriedade intelectual), que se destacam por sua grande importância e que são assegurados pela Constituição Federal.⁴¹⁹ Qualquer ofensa a tais direitos gera dano a seu titular, seja por utilização indevida para proveito próprio ou para obtenção de lucro, bem como para a apropriação de tais bens produzidos sem que seja dado o devido crédito ao criador.

Se a divulgação do nome de uma pessoa sem autorização viola o seu direito de personalidade, a divulgação ou venda sem autorização de produto da atividade humana, seja ele um livro, pintura, escultura ou invenção, gera dano a seus direitos à produção do intelecto. De outro modo, a violação ao próprio intelecto, não ao resultado de sua produção, é um dano psíquico, conforme explicado anteriormente nesse capítulo.

A segunda categoria do dano-evento é a do dano à pessoa jurídica. Essa categoria apresenta muitas similaridades com a categoria anterior, posto que as pessoas jurídicas também são pessoas, tal como as pessoas naturais. Além das pessoas jurídicas de direito público e privado previstas pelos artigos 40 a 44 do Código Civil, também podem ser considerados como pertencentes a essa categoria, por similaridade, os entes despersonalizados, como o condomínio, a massa falida e a herança jacente. Apesar de não serem pessoas jurídicas, são sujeitos de direito e seu comportamento se aproxima mais ao das pessoas jurídicas que ao das pessoas naturais.

Importante ressaltar que os danos sofridos pela administração pública e seus diversos órgãos diretos ou indiretos pertencem a esta categoria de dano à pessoa jurídica e não podem ser confundidos com os danos sofridos pela sociedade, como será explicado adiante.

O dano à pessoa jurídica também se ramifica nos gêneros de dano aos bens tangíveis e dano aos bens intangíveis. A primeira espécie reúne as lesões sofridas pelos

⁴¹⁹ Constituição Federal Brasileira, artigo 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: (...) XXVII - **aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras**, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - **a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos**, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. (grifos nossos)

bens materiais das pessoas jurídicas de direito público ou privado. Da mesma forma que ocorre com essa espécie pertencente à categoria do dano a pessoas naturais, é impossível enumerar todos esses bens.

Com relação aos bens intangíveis, eles são todos os direitos sobre os quais as pessoas jurídicas são titulares, incluindo os direitos de personalidade, que são os mesmos definidos para as pessoas naturais quando aplicáveis à pessoa jurídica.⁴²⁰ Dependendo do direito protegido, será possível atribuí-lo ou não às pessoas jurídicas. No caso da proteção ao nome, ela é assegurada a qualquer uma das pessoas, pois a denominação social de uma pessoa jurídica é plenamente equiparável ao nome de uma pessoa natural.

De outro lado, o direito à privacidade, por exemplo, não se aplica às pessoas jurídicas. Assim, os bens intangíveis das pessoas jurídicas, geralmente atingidos, são a sua denominação social, a marca, a clientela (que também faz parte do seu aviamento) e também os direitos resultantes de sua atividade empresária, tais como as invenções e patentes ou qualquer outro direito legal ou convencional dos quais ela seja titular.

A terceira categoria de dano-evento é o dano à sociedade ou à coletividade⁴²¹. As vítimas atingidas nesse caso não podem ser individualizadas, pois se trata de um grupo da sociedade ou toda ela. Os bens atingidos nesse caso são coletivos ou difusos e ninguém pode exercer o direito sobre eles isoladamente.

Gabriel Stiglitz reconhece o dano social, apesar de não utilizar uma nomenclatura específica, ao descrever os efeitos nocivos produzidos por uma empresa que pratique publicidade enganosa. A intranquilidade gerada à sociedade produziria um dano. Para o autor, nesses casos,

a caracterização do sujeito afetado já não é a pessoa física, nem a de existência ideal, mas a de um grupo ou de uma categoria que, coletivamente e por uma mesma causa comum, se vê atingida em direitos ou em interesses de expressivo significado vital, que, sem dúvida, são tutelados com prioridade pela Constituição e pela lei.⁴²²

⁴²⁰ Código Civil Brasileiro, artigo 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

⁴²¹ Vide: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *A coletivização do dano moral no Brasil*. In: BITTAR, Eduardo C. B. e CHINELATO, Silmara Juny (coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar* Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 178-183.

⁴²² Tradução livre de: “la caracterización del sujeto afectado nos es ya ‘la’ persona física individual o concurrente, ni la de existencia ideal, sino un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve afectada en derechos o intereses de subida significación vital, que sin duda son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley” (STIGLITZ, Gabriel A. *Daño Moral, Individual e Colectivo Medioambiente, Consumidor e Dañosidad Colectiva*, In: *Revista Direito do Consumidor*, v. 19, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, jul./set. 1996, pp.71-73).

O dano à sociedade também pode atingir bens tangíveis ou intangíveis. No primeiro caso, eles podem ser classificados nas seguintes espécies: (i) cultural; (ii) artístico; (iii) histórico; e (iv) ambiental. Os bens atingidos não se confundem necessariamente com aqueles que são de propriedade de uma pessoa jurídica de direito público, pois podem pertencer a elas ou a pessoas de direito privado. Portanto, a destruição de um prédio público, de um automóvel utilizado pelo ocupante de um cargo público ou de uma pintura que decore uma das paredes de um prédio público não caracterizam, *a priori*, um dano à sociedade, mas sim a um bem tangível de uma pessoa jurídica de direito público.

Entretanto, caso esse prédio público seja tombado pelo patrimônio histórico, o automóvel tenha valor histórico por ter transportado um dos presidentes da República Velha e a pintura seja de autoria de Di Cavalcanti e exposta na Pinacoteca do Estado de São Paulo, o dano atingirá a sociedade.

Considerando esses exemplos, estarão configurados dois danos-evento diferentes e cada um deles resultará em danos-prejuízo independentes. Assim, o ato que destruir um prédio público tombado produzirá dano a bem tangível de pessoa jurídica de direito público, cuja consequência material será o preço pago para a construção de um novo prédio, e também um dano à sociedade, cuja consequência será a perda de um bem de valor cultural que não poderá mais ser substituído. No caso do dano à sociedade, pouco importa o valor material do prédio, mas sim o símbolo que representava para a sociedade e o valor dele decorrente.

Para as hipóteses do automóvel histórico e da obra de arte, teremos os mesmos resultados: haverá o dano-evento à pessoa jurídica de direito público e o dano-evento à sociedade. Para a análise abaixo, será considerado apenas o segundo dano-evento.

Com relação ao dano a bem cultural, artístico ou histórico, é aquele que atinge prédios tombados, obras artísticas e objetos históricos, conforme alguns dos exemplos citados acima. Assim, pouco importa se tais bens são bens públicos de uso comum, especial ou dominical, mas sim que encerrem valor relevante à sociedade. Os bens podem inclusive pertencer a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, como no caso de acervos particulares de obras de arte ou prédios particulares que sejam tombados por sua relevância arquitetônica ou histórica.

Quanto aos bens de proteção ambiental, são exemplos de dano a devastação de uma floresta, a poluição de um rio ou a caça de um animal ameaçado de extinção. Os bens

protegidos nesse caso atingem toda a sociedade porque o dano resultará na diminuição de parte de um bioma e na redução da biodiversidade, podendo até mesmo afetar o clima da região.⁴²³

No caso dos danos ambientais, ainda podem ser afetados indiretamente os indivíduos que se beneficiavam daquele bem, tais como agricultores que perdem sua fonte de água ou empresas turísticas que abandonarão a exploração de determinada área que deixou de ser atrativa por sua beleza natural. Contudo, esses são prejuízos, conseqüências do dano-evento, e serão analisados em momento posterior. O dano-evento à sociedade pode gerar conseqüências à própria sociedade ou a pessoas físicas ou jurídicas individualizadas.

Por fim, existem os bens intangíveis da sociedade. Eles são os fundamentos da própria organização da nação, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, a justiça ou o sentimento patriótico. Seriam as garantias e fundamentos constitucionais previstos principalmente nos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal. Podemos chamar esse dano de dano institucional, pois a lesão atinge diretamente a imagem do Estado. São exemplos desses danos o ataque aos símbolos nacionais, como a queima de uma bandeira brasileira. O bem que está sendo destruído é muito mais o símbolo da nação que o tecido no qual está reproduzido.

O ato praticado visa desmoralizar a instituição, não o objeto sobre o qual recai. Esse tipo de dano se assemelha ao dano à honra da pessoa física ou ao dano à marca da pessoa jurídica, mas nesse caso o titular do bem é toda a sociedade. O mesmo ocorreria com a alteração do hino nacional para uma letra satírica ou o ataque a prédios públicos de alta relevância, tais como o Congresso Nacional ou o Palácio Presidencial, com o objetivo de depredação, ridicularização ou incitação ao pânico coletivo.

A conseqüência de tais atos é que toda a sociedade sofre uma perda de segurança e de tranqüilidade, ocorrendo uma diminuição geral do bem estar.⁴²⁴ Para o professor

⁴²³ “Temos dito, de há muito, que a questão em torno do dano ambiental não é de uma intenção ou de *culpa*, mas de *causalidade* de prejuízos por uns poucos em detrimento dos interesses majoritários da sociedade. A pergunta é e sempre será, tanto nessa área como em outras assemelhadas: pode uma minoria manter a maioria em permanente estado de sítio, em situação de dominação jurídica ou subordinação de fato, como refém, trazendo a comunidade completamente subjugada, obrigada a arcar com custos que não deu causa e que afetam profunda e irreversivelmente suas vidas?” (BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*, in: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, p. 40).

⁴²⁴ “Na medida em que produzem verdadeiros sofrimentos, desconfortos ou consideráveis alterações na ordem extrapatrimonial, assim como as inevitáveis seqüelas psíquicas e psicológicas que sobrevenham dessas agressões”. Tradução livre de: “Y en la medida que produzcan verdaderos sufrimientos, incomodidades o alteraciones ponderables en el orden extrapatrimonial y en tanto las inevitables secuelas psíquicas y espirituales que sobrevengan de esas agresiones” (STIGLITZ, Gabriel A. *Daño Moral, Individual e Colectivo*

Antonio Junqueira de Azevedo, tais conseqüências do dano aos bens intangíveis da sociedade formariam o dano social,⁴²⁵ conceito que não seria uma espécie de dano-evento, mas seria um novo gênero de dano-prejuízo, ao lado do dano material e do dano moral, e se refere a danos decorrentes de atos que influenciam todo o comportamento de um grupo social.

Exemplo de dano social utilizado de forma recorrente por Junqueira de Azevedo seria a prática de *overbooking* (venda de mais passagens aéreas que o número de assentos disponíveis na aeronave que realizará o transporte aéreo) que se realizada pelas empresas aéreas podem gerar alto grau de insegurança e ansiedade sobre os passageiros, que não terão mais certeza sobre a efetividade de suas reservas em vôos comerciais. Tal atitude interfere nos compromissos sociais e profissionais de todos e promove angústia desnecessária ao usuário do serviço. A mesma situação ocorre no caso de uma empresa descumprir em massa os seus contratos.⁴²⁶

Mesmo a rescisão imotivada de um único contrato também pode gerar dano à sociedade, diminuindo a sensação de bem estar, como ocorre no caso de contratos de grande exposição perante a sociedade, tais como os celebrados por pessoas famosas. Essa atitude enfraquece o poder do Direito e aumenta a insegurança jurídica, pois transmite à sociedade a falsa idéia de que os contratos não precisam ser cumpridos e que o respeito aos contratos não é importante.

Os cartéis também geram dano à sociedade, pois violam o princípio da livre concorrência, assegurado pelo artigo 170 da Constituição Federal. Esse princípio é importante para manter a ordem econômica e beneficiar a sociedade com a garantia de um ambiente equilibrado para as relações comerciais.

Dada a relevância do dano, o ato pode ser previsto como crime ou infração administrativa e o agente já seria sancionado. Portanto, o dano à sociedade deve ser analisado com cautela no momento de verificar os prejuízos resultantes para a quantificação da indenização, pois não pode haver sobreposição com o direito penal e direito administrativo. A indenização não poderá ser apoiada totalmente sobre o seu

Medioambiente, Consumidor e Dañosidad Colectiva, in: *Revista Direito do Consumidor*, v. 19, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, jul./set. 1996, p. 73).

⁴²⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 377-384.

⁴²⁶ STIGLITZ, Gabriel A. *Daño Moral, Individual e Colectivo Medioambiente, Consumidor e Dañosidad Colectiva*, in: *Revista Direito do Consumidor*, v. 19, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, jul./set. 1996, pp.71-72.

critério punitivo se inexistirem perdas a serem compensadas e se o ato praticado for tipificado penalmente ou previsto em lei como infração administrativa. Nesses casos, o dano-evento à sociedade existe, mas o dano-prejuízo gerado é apenas moral, podendo ser apenas compensado.

No caso de um cartel que tenha sido condenado pelo CADE, por exemplo, os agentes já foram sancionados pela multa paga, enquanto que no caso do descumprimento em massa de contratos por uma grande empresa a fixação de uma indenização em valor superior ao necessário para a reparação do prejuízo serviria como desestímulo à prática, visto que esse ato não é punido por qualquer lei e, tomado isoladamente, poderia no máximo configurar um abuso de direito.

Com relação aos cartéis, os efeitos produzidos, analisados em detalhes no capítulo 5, geram poderão ser identificados danos-evento que podem ser agrupados em três blocos: as lesões decorrentes da cobrança de preço acima do valor normal de mercado (sobrepreço), da redução dos investimentos na atividade empresarial e da própria atividade de cartel.

As lesões decorrentes dos dois primeiros blocos podem atingir a os bens pertencentes a todas as categorias (pessoas naturais, pessoas jurídicas e sociedade), pois o aumento do preço decorrente do sobrepreço modifica o valor dos produtos que são adquiridos pelas pessoas naturais e jurídicas, do mesmo modo que a falta de investimentos nas atividades empresárias dos cartelistas que se reflete de modo individualizado sobre o custo dos produtos impede que eles sejam vendidos mais baratos. Em ambos os casos, são atingidos os bens tangíveis das pessoas. No caso do segundo bloco de efeitos, a sociedade também pode ser lesada porque alguns desinvestimentos atingem o mercado como um todo, gerando perdas coletivas. Tais perdas atingem o direito à livre concorrência, que é um bem intangível da sociedade.

Quanto ao terceiro bloco, a mera existência e funcionamento do cartel gera é suficiente para gerar lesões ao mercado em razão das alterações de estrutura que ocorrem. A mudança no sistema de tomada de decisões altera o relacionamento entre os agentes e modifica a alocação dos bens de produção. Na medida em que o mercado passa a se comportar como um monopólio, sem o ser, diversos prejuízos aparecem. Assim, a alteração da estrutura de mercado é uma lesão promovida pelo cartel contra a sociedade, violando novamente o direito à livre concorrência. Nesse caso, não são atingidos bens das pessoas naturais ou jurídicas.

6.2.3 – Dano-prejuízo

O dano-prejuízo é o resultado gerado pelo dano-evento. É o segundo momento do dano, em que são verificadas as conseqüências da lesão, que surgem de modo mediato. Avaliadas as conseqüências, todas as perdas e danos⁴²⁷ sofridos pela vítima estarão revelados e a indenização que lhe é devida poderá ser calculada, sendo que os resultados do dano podem se prolongar no tempo e seu aparecimento ocorrer no futuro⁴²⁸.

A análise do dano-prejuízo é feita a partir de cada dano-evento identificado com base no ato praticado. Da mesma forma que o dano-evento, o dano-prejuízo também pode ser plural, de forma que, para cada dano-evento decorrente de um ato, pode existir mais de um dano-prejuízo. Contudo, ao contrário do dano-evento, que pode se desdobrar em muitos gêneros e espécies, a categoria do dano-prejuízo se divide em apenas dois gêneros: dano material e dano moral (ou imaterial).

Essa classificação segue a ramificação comumente feita pela doutrina. A diferença é que tradicionalmente se divide o dano em material ou moral em um ato único, inexistindo o primeiro estágio de identificação do dano-evento. Ultrapassado esse primeiro nível, contudo, a análise do dano-prejuízo decorrente de cada dano-evento não tem qualquer inovação.

O dano-prejuízo material pode ser de duas espécies diferentes, que podem se cumular: os danos emergentes e os lucros cessantes. Por sua vez, o dano-prejuízo moral não se ramifica. Como o dano-prejuízo é a conseqüência econômica proveniente da atividade lesiva e pode atingir o campo material ou o campo imaterial das coisas, bem como ambos, os danos materiais e morais também podem se cumular⁴²⁹.

⁴²⁷ Agostinho Alvim defende que o uso da expressão “danos e interesses” ou “perdas e interesses”, também defendida por outros autores em diversos países, seria mais apropriada para se referir ao dano sofrido pelo lesado que “perdas e danos”, pois esta não traria a noção completa de dano enquanto que a primeira já abarca os danos emergentes e os lucros cessantes. Contudo, o autor brasileiro se contenta em manter a nomenclatura já consagrada por estar em consonância com o texto legal – o Código Civil utiliza a expressão “perdas e danos”, a exemplo do texto dos seus artigos 402 a 404, 946 e 954. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua conseqüências*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 175-176).

⁴²⁸ “A teoria de Planck sôbre o ‘lucro cessante’ foi várias vezes refutada na doutrina e na jurisprudência. Dernburg, Rümelin, Schollmeyer e Enneccerus-Lehman fizeram notar com acêrto não haver nada que legitime o considerar-se o lucro como previsível ou provável atendendo apenas ao momento da verificação do acto que produz o dano. As conseqüências dos factos não se verificam no mesmo instante em que os próprios factos se produzem, e muitas vezes sucede não poder conhecer-se em tôda a sua inteireza o alcance dum acto danoso enquanto não decorre certo lapso de tempo”. (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva & C.ª, 1938, p.68).

⁴²⁹ “Hoje, em caráter muito mais amplo, está solidamente assentado, na doutrina e na jurisprudência, não só a plena reparabilidade do dano moral como sua perfeita cumulabilidade com a indenização da lesão patrimonial. O estágio em que a orientação pretoriana repelia a cumulação, sob o pretexto de que a

O artigo 5º da Constituição Federal prevê expressamente que a indenização pode cumular os danos materiais e morais⁴³⁰. Além disso, a Súmula 37 do STJ⁴³¹ não deixa margem para interpretação diferente desse preceito legal. Em verdade, quando a súmula se refere ao mesmo fato sobre o qual a indenização pode cumular os danos material e moral, está apontando para o dano-evento, mesmo sem o reconhecer⁴³².

Teresa Ancona Lopez⁴³³ e Humberto Theodoro Junior⁴³⁴ também reconhecem que não apenas as indenizações por dano material e moral podem ser cumuladas, como podem ser vários os tipos de dano material, tal como no exemplo citado pelo autor em que uma lesão corporal pode resultar no pagamento pelo ofensor apenas das despesas médicas e lucros cessantes, caso a lesão não gere seqüelas permanentes, ou pode abranger inclusive o pagamento de uma pensão para a vítima no caso dela perder a capacidade laborativa.

Portanto, não há dúvidas de que um mesmo fato pode originar vários prejuízos (em consonância com a explicação do item 6.2.2) e que todos eles podem se cumular, sejam materiais ou morais, e, no caso dos danos materiais, sejam eles danos emergentes ou lucros cessantes.

A seguir, serão analisadas separadamente as categorias do dano-prejuízo material e moral.

indenização do dano material excluiria a da lesão moral em face de um só evento ilícito, pode-se dizer que foi superado” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil* – Danos morais e patrimoniais – acidentes no trabalho – Ato de preposto. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 731, ano 85. São Paulo: RT, setembro de 1996, p. 97).

⁴³⁰ Constituição Federal Brasileira, artigo 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: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

⁴³¹ Superior Tribunal de Justiça, Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

⁴³² Teresa Ancona Lopez leciona sobre o assunto o seguinte: “Essa posição se vê definitivamente assentada a partir da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente edição da Súmula 37 do STJ, que dispõe serem cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato”. (LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3 ed. revista, ampliada conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2004, p. 25).

⁴³³ Idem, ibidem, p. 27-30.

⁴³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil* - Danos morais e patrimoniais - Acidentes no trabalho - Ato de preposto. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 731, ano 85. São Paulo: RT, setembro de 1996, pp. 96-97.

6.2.3.1 – Dano material

Dano material é pode ser definido como a lesão aos bens patrimoniais da vítima⁴³⁵, mas, seguindo a lógica desse estudo, o melhor conceito é o que considera como dano material a consequência material da lesão (dano-evento) que é sofrida pelos bens jurídicos da vítima.

O dano-prejuízo material se divide em danos emergentes e lucros cessantes, de acordo com a natureza do resultado produzido. Hans Fischer explica que “em cada hipótese concreta, o prejuízo pode consistir ao mesmo tempo num *damnum emergens* e num *lucrum cessans*, ou tão só numa destas duas modalidades do dano”⁴³⁶ e, de modo similar, Agostinho Alvim conclui que “o dano, em toda a sua extensão há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar”⁴³⁷.

O dano material pode ensejar uma indenização reparatória, pois a vítima terá condições de restabelecer sua situação anterior. A reparação é possível, pois os efeitos sofridos foram materiais e, portanto, reversíveis. No caso de uma coisa ser destruída, ela pode ser consertada ou reconstruída e nos casos de cartel, o preço pago a mais pelo produto ou serviço pode ser devolvido à vítima.

Os itens seguintes examinarão os gêneros nos quais se ramifica o dano-prejuízo material.

a) Danos emergentes

Os danos emergentes podem ser definidos como as perdas efetivas sofridas pela vítima em razão da lesão, reduzindo o valor econômico de seus bens⁴³⁸.

Assim, são eles os prejuízos diretos decorrentes da lesão e que efetivamente causam perda à vítima. A prática do ato se materializa pela produção do dano-evento

⁴³⁵ “O dano econômico é analisado como uma lesão a interesses patrimoniais, cuja característica é a de ser diretamente apreciável em dinheiro”. Tradução livre de: “Le dommage économique s’analyse en une lésion d’intérêts patrimoniaux dont le propre est d’être directement appréciable en argent” (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5ª edição. Paris : Ed. Dalloz, 2000, p. 139).

⁴³⁶ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva & C.ª, 1938, p.47.

⁴³⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequências*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 173

⁴³⁸ Patrice Jourdain define o dano emergente como um empobrecimento da vítima da lesão, mediante destruição de bens ou privação da fruição de direitos (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 138). Para Washington de Barros, ele é “o déficit no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna (*quantum mihi abfuit*)” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. Vol. 4. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328).

(lesão), que é o fato observado no mundo e que atinge algum dos bens pertencentes à vítima. O resultado dessa lesão é o dano-prejuízo e toda a diminuição material que surge da prática desse ato é parte dos danos emergentes.

Tomando como exemplo a colisão entre dois automóveis pertencentes a pessoas físicas, pode-se considerar como danos-evento razoáveis de ocorrer a avaria dos automóveis e o ferimento dos motoristas. Considerando que um dos motoristas tenha sido negligente e assuma a autoria do ato ilícito, o outro motorista assumirá a posição de vítima. A avaria do automóvel será um dano-evento a bem tangível da pessoa física, enquanto que o ferimento sofrido pelo motorista será um dano-evento biológico, por atingir um direito de personalidade que faz parte dos bens intangíveis dessa pessoa. Além disso, dependendo da natureza do ferimento, pode surgir também um dano-evento estético, também pertencente ao gênero dos bens intangíveis da vítima.

Com relação ao dano-prejuízo, sem prejuízo dos eventuais danos morais existentes, pertencerão à categoria de dano material os seguintes resultados: o valor necessário para reparar o automóvel e a diminuição do valor de mercado do automóvel, decorrente do dano-evento ao bem tangível da vítima; o valor despendido para recuperar os ferimentos da vítima, decorrente do dano-evento biológico; e o valor despendido para a reconstituição da aparência da vítima por meio de cirurgia plástica, caso possível, em decorrência do dano-evento estético.

A reparação do automóvel requer o valor necessário para o conserto, que corresponde ao valor perdido pela vítima, mas também pode resultar no pagamento do valor que ela pode deixar de ganhar por ficar sem utilizar o automóvel durante certo tempo, caso seja taxista e exerça atividade profissional com o automóvel. O dano emergente é apenas o primeiro, correspondente ao valor necessário para o conserto do automóvel, o segundo é o lucro cessante.

Da mesma forma, com relação à recuperação dos ferimentos, o dano emergente é o valor necessário para pagar os honorários e despesas médicas e o lucro cessante corresponde ao valor que a vítima eventualmente deixará de lucrar se permanecer impossibilitada de exercer suas atividades profissionais em razão do tempo necessário para recuperação dos ferimentos.

O dano estético também terá como dano emergente o valor referente aos honorários e despesas médicas e o lucro cessante será o valor que a vítima deixará de lucrar durante o tempo da recuperação se ela desempenhasse atividade profissional com o uso de sua aparência, como ocorre no caso de modelos fotográficos.

Portanto, os danos emergentes são as efetivas perdas decorrentes de cada dano-evento. No caso dos cartéis, um dano emergente que pode ser identificado é o valor pago a mais pelo comprador pelo produto cujo preço foi aumentado em razão das decisões do cartel.

b) Lucros cessantes

Os lucros cessantes são os valores que deixarão de ser acrescentados aos bens jurídicos da vítima, ou seja, tudo aquilo que ela deixará de ganhar⁴³⁹.

A ocorrência dos lucros cessantes é independente dos danos emergentes, pois a vítima pode sofrer apenas perdas ou deixar de ganhar, mesmo sem perder nada, mas as duas situações também podem se cumular.

Considerando o exemplo do acidente de automóvel citado no item anterior, são lucros cessantes os valores resultantes da inatividade profissional da vítima por indisponibilidade do automóvel ou por sua própria condição física. Em alguns casos será fácil estabelecer o valor que a vítima deixou de ganhar, como no caso de modelo fotográfico que deixa de participar de um evento e descumpriu o contrato. O valor dos lucros cessantes será o valor previsto no contrato.

Contudo, no caso de a vítima ser um taxista, o cálculo não é tão fácil. Sendo a renda variável pelo dia de serviço, é difícil definir quanto a vítima deixaria de ganhar por não ter trabalhado por cinco dias, por exemplo. Para isso, deve ser considerado o valor médio normalmente auferido pelo taxista, sob circunstâncias normais de trabalho.

Como no caso dos lucros cessantes o prejuízo é o não-lucro, é aquilo que a vítima deixa de ganhar, não há como saber se a circunstância esperada realmente iria ocorrer, pois o dano produzido gera um corte no fluxo natural dos fatos. Entretanto, apesar de haver dúvidas sobre a quantificação da indenização, deve haver certeza sobre a ocorrência do evento danoso⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Pontes de Miranda considera que o lucro cessante é o impedimento da elevação do patrimônio. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII, Campinas: Bookseller, 2000, pp. 247-250). Para Washington de Barros Monteiro, o lucro cessante é “o que ele [credor] razoavelmente deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor (*quantum lucrari potui*)” (MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*. Vol. 4. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328).

⁴⁴⁰ “Não basta, pois, a simples possibilidade da realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a intercedência do evento danoso. O que deve existir é uma certa probabilidade objectiva, que resulte do ‘curso normal das coisas’ e das ‘circunstâncias especiais do caso concreto’. As meras hipóteses ou possibilidades de lucro (*Gewinnchancen*) não são consideradas pelo direito como lucro frustrado para efeitos de indemnização civil. É certo que a possibilidade de importantes benefícios firmada por uma probabilidade exígua e a de lucros insignificantes proposta por uma poderosa verossimilhança, podem apresentar-se como ‘chances’ do mesmo valor económico” (FISCHER, Hans

A quantificação da indenização deve considerar o lucro que razoavelmente seria auferido pela vítima, com base em critérios objetivos⁴⁴¹⁻⁴⁴².

Portanto, os lucros cessantes são os danos materiais representados pelo valor que a vítima deixa de agregar a seus bens. No caso dos cartéis, exemplo de lucro cessante é a diferença entre o preço do produto sob a influência do cartel e o preço menor que poderia custar em ambiente concorrencial, decorrente da diminuição do custo de produção atingida pela evolução normal do mercado. Em ambiente de cartel, os agentes de mercado tendem a diminuir os investimentos em pesquisa e desenvolvimento e diminuem os esforços para a redução do custo de produção. Assim, enquanto o dano emergente é o valor que o comprador paga acima do preço normal de mercado, o lucro cessante é o que poderia pagar abaixo do valor normal de mercado por decorrência do desenvolvimento da produção e redução de custos.

6.2.3.2 – *Dano moral*

“Dano Moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”⁴⁴³, afirma Rubens Limongi França. Sem entrar em contradição com tal definição, Junqueira de Azevedo considera que o conceito de dano moral não deve ser positivo, mas sim definido por exclusão. O dano moral é formado por todos aqueles danos que não são patrimoniais e seu valor é arbitrado como uma forma de compensação⁴⁴⁴.

Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva & C.^a, 1938, p. 51).

⁴⁴¹ Assim, sustenta Rui Stocco que “para autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma *probabilidade objetiva* resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto” (STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* (doutrina e jurisprudência). 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 1235-1236).

⁴⁴² “É de todo o ponto errôneo subordinar-se o conceito do lucro frustrado ao requisito da previsibilidade subjectiva. ¿Quem deve poder esperar o lucro como provável? ¿O prejudicado? ¿O autor do dano? Não interessa o ponto de vista de nenhum deles e menos ainda o do último. Seria coisa bizarra – como observa Oertmann – exigir do devedor o conhecimento das medidas e providências postas em prática pelo credor. O que se requiere é uma simples probabilidade objectiva, sempre considerada do ponto de vista da série dos desenvolvimentos ulteriores do acto danoso” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva & C.^a, 1938, p. 69).

⁴⁴³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33,. São Paulo: Ed. Centro de Estudos, jun. de 1990, p. 181.

⁴⁴⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*, In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

Teresa Ancona Lopez também segue a mesma linha de raciocínio e afirma que “a definição de dano moral deveria ser dada em contraposição a dano material, sendo este o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens ou valores que não tem conteúdo econômico”⁴⁴⁵. No mesmo sentido, Savatier define dano moral como “todo sofrimento humano não resultante de uma perda pecuniária”⁴⁴⁶.

A grande abrangência do dano moral, que justificaria a definição como todos os danos que não são materiais, também é reconhecida por Rubens Limongi França⁴⁴⁷ e por Adolpho Mello Júnior⁴⁴⁸.

Portanto, o dano moral pode ser definido como todas as consequências decorrentes da lesão sofrida por algum bem tangível ou intangível da vítima que não seja um dano material. É um sofrimento, uma dor imposta ao indivíduo e, por isso, de difícil mensuração, pois faltam caracteres objetivos para defini-lo. Nesse sentido, também pode ser chamado de dano imaterial.

O termo “dano moral” é utilizado tradicionalmente nos textos jurídicos para representar a categoria oposta a de “dano material”, mas não se costuma questionar o significado dessa expressão⁴⁴⁹. Enquanto a expressão “dano material” caracteriza a lesão que recai sobre um bem tangível de qualquer titular e diminui o seu valor ou impede o seu aumento, o termo “dano moral” é utilizado de maneira bastante abrangente pela doutrina e seu uso mais comum o coloca como sinônimo de dano imaterial, em oposição ao dano material.

⁴⁴⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3 ed. revista, ampliada conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2004, p. 24. Nesse sentido, Yussef Said Cahali sustenta, aduzindo como exemplo a orientação de Pontes de Miranda, Aguiar Dias e De Cupis, o dano moral “tem sido *deduzido pela doutrina sob forma negativa*, na sua contraposição ao dano patrimonial” (CAHALI, Yussef, Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo : RT, 2005, p. 21).

⁴⁴⁶ Tradução livre de: “toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniaire” (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 12ª ed. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 92).

⁴⁴⁷ “De nossa parte, entretanto, observamos que o dano moral pode não ter como pressuposto indispensável qualquer espécie de dor, uma vez que, sendo uma lesão extrapatrimonial, pode referir-se a qualquer bem jurídico dessa natureza, como por exemplo os de substância cultural ou ecológica” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33. São Paulo: Ed. Centro de Estudos, jun. de 1990, p. 182).

⁴⁴⁸ “No contexto do dano moral, tem-se inserido valores da personalidade, além de outros que precipitam-se sobre o elemento anímico da vítima, alma, psique” (MELLO JR., Adolpho C. de Andrade. *O dano: responsabilidade civil*. Revista da EMERJ, vol. 3, nº 9, 2000, p.49).

⁴⁴⁹ Acerca da expressão nominal do instituto como *dano moral*, observa Yussef Said Cahali que, no Brasil, tal nomenclatura “se impôs, pela força de sua expressividade, à tradição do nosso direito, ainda que não incólume de crítica devido à polissemia da palavra *moral*” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 23).

Entretanto, o conceito de moral remete aos bons costumes e ao lado mais espiritual das pessoas⁴⁵⁰, aproximando-se do conceito de dano psicológico (definido acima como dano moral *stricto sensu*). Portanto, tecnicamente seria mais correto abandonar o uso da expressão “dano moral” e adotar a expressão “dano imaterial”. Entretanto, o seu uso já está arraigado no vocabulário cotidiano dos operadores do direito e livros jurídicos, de modo que parece ser mais conveniente manter essa expressão em uso como sinônima de “dano imaterial”, desde que se lembre que deve ser considerado o conceito mais abrangente de moral, que inclui tudo aquilo que não é material (dano moral *lato sensu*).

Além disso, outras expressões muitas vezes utilizadas para diferenciar o dano material do dano moral são “dano patrimonial” e “dano não-patrimonial”. Contudo, são utilizadas de modo impreciso. A expressão “dano patrimonial” é equívoca porque o conceito de patrimônio⁴⁵¹ pode abarcar mais ou menos relações jurídicas de acordo com a definição adotada⁴⁵².

Considerando que o patrimônio seja composto tanto pelos bens materiais como imateriais das pessoas (naturais ou jurídicas), a expressão “dano patrimonial” não pode ser utilizada como sinônimo para “dano material”, pois esta última engloba apenas os bens materiais (tangíveis). O termo “dano patrimonial” só pode ser utilizado como antônimo de “dano não-patrimonial”, mas nenhuma delas se mostra conveniente para diferenciar a classe de bens atingidos ou o prejuízo causado à vítima.

Alguns autores também nomeiam o dano moral de dano extrapatrimonial em razão da impossibilidade de valorar essas consequências imateriais geradas pela lesão, tal como fazem Sérgio Severo⁴⁵³, Joel Dias Figueira Júnior⁴⁵⁴ e os irmãos Mazeaud⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Vide nota 418.

⁴⁵¹ A definição de patrimônio pode ser mais abrangente ou mais restrita, conforme demonstram os seguintes autores: “Reunião de todos os bens, corpóreos e incorpóreos, todo o ativo e todo o passivo pertencentes a uma pessoa” (VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Parte Geral*, vol. 1, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 347); “A importância do conceito jurídico de patrimônio reside em que por ele se exprime numa unidade o complexo de direitos e obrigações correspondentes a uma pessoa, os quais vêm a ser concebidos, assim, como um objecto único, incorpóreo, a cuja posse, gozo e transmissão são aplicáveis as normas do direito das coisas” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*, trad. de António de Arruda Ferrer Correia, São Paulo, Saraiva & C.ª, 1938, pp.14-15); “O patrimônio, na verdade, não compreende somente bens materiais, móveis e imóveis, mas também bens imateriais, como relações de família, honra, saúde etc.”. Tradução livre de: “Il patrimonio, invero, non comprende soltanto i beni materiali mobili od immobili, ma anche i beni immateriali, come le relazioni di famiglia, l’onore, la salute, ecc” (SALEMI, Giovanni. *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1912, p. 49).

⁴⁵² Vide nota 398.

⁴⁵³ SEVERO, Sérgio, *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁵⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeatur* - a problemática questão do arbitramento. In: *Direito do consumidor*, v. 15. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, julho-setembro de 1995, p. 173

Contudo, da mesma forma que ocorre com a expressão “dano não-patrimonial”, os bens jurídicos atingidos pela lesão sempre pertencerão a uma pessoa física ou jurídica ou à coletividade, de forma que integram a sua universalidade de bens e direitos e, portanto, são bens patrimoniais. Quanto aos efeitos gerados, mesmo que não sejam materiais e fujam a qualquer critério de apuração monetária, não podem ser considerados extrapatrimoniais, pois independentemente da definição de patrimônio adotada, a consequência pode ser imaterial. Assim, dentre todas as expressões citadas, apenas “dano imaterial” pode ser utilizada como sinônimo para “dano moral” sem que ocorra alguma imprecisão.

Ao contrário do dano material, o dano moral não pode ser reparado, visto não permitir a reconstrução ou substituição do bem⁴⁵⁶. Uma vez produzido o efeito moral sobre o bem, não há mais como voltar à situação anterior. Assim, uma ofensa à honra de uma pessoa natural gera um sofrimento no momento em que ocorre e não pode ser desfeito. A perda de um objeto de valor familiar também não pode ser recomposta.

Em resposta ao dano moral, pode haver apenas uma compensação, que substituirá aquilo que foi perdido, mas não retornará à situação original⁴⁵⁷. Em geral, essa compensação é feita em dinheiro⁴⁵⁸, no valor equivalente às consequências sofridas pelo bem lesado – solução essa que nem sempre é a ideal, mas a única possível do ponto de vista prático em algumas situações⁴⁵⁹. A compensação também pode ser realizada por

⁴⁵⁵ “O prejuízo material é o prejuízo patrimonial; o prejuízo moral é o prejuízo extrapatrimonial, ‘não-econômico’. Tradução livre de: “Le préjudice matériel, c’est le préjudice patrimonial; le préjudice moral, c’est le préjudice extra-patrimonial. « non-économique »” (MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome Premier. 4ª edição. Paris : Librairie du Recueil Sirey, p. 318).

⁴⁵⁶ “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77).

⁴⁵⁷ Assim, Yussef Said Cahali explica que “a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo : RT, 2005, p. 44).

⁴⁵⁸ “É aquele que, não atingindo o patrimônio, não tem incidência econômica direta; sendo, portanto, insusceptível de uma avaliação pecuniária imediata. Porém, será geralmente ressarcido através da disponibilização de uma soma em dinheiro”. Tradução livre de: “C’est celui qui, ne portant pas atteinte au patrimoine, n’a pas d’incidence économique directe et n’est donc pas immédiatement susceptible d’évaluation pécuniaire. Il sera pourtant généralement réparé par l’allocation d’une somme d’argent” (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5ª edição. Paris : Dalloz, 2000, p. 138-139).

⁴⁵⁹ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, pp. 139-141.

outros meios⁴⁶⁰, tal como a prestação de algo que atenuie o sofrimento ou altere o convencimento daqueles que presenciaram a cena do dano, desde que se restabeleça o equilíbrio original.

Essa valoração nem sempre é fácil, pois os parâmetros não são objetivos⁴⁶¹. Apesar dessa dificuldade para quantificar o valor econômico que será suficiente para compensar a perda sofrida, os esforços devem ser para que a situação final seja a mais próxima possível da inicial, diminuindo o sofrimento e a angústia imposta à vítima, mesmo que não lhe devolva o que foi perdido. O valor nesses casos é definido por arbitramento⁴⁶².

Considerando que uma pessoa empurre o piano de seu vizinho através da janela de um edifício e o objeto atinja um pedestre e lhe quebre a perna, podemos analisar os eventuais danos morais causados. Primeiramente, é preciso identificar os danos-evento, que serão dois: a lesão ao piano, bem tangível de uma pessoa natural; e o dano biológico ao pedestre, por quebrar uma de suas pernas e, portanto, lesar o seu direito de personalidade à integridade física. A princípio não haverá dano estético, pois a fratura de uma perna é geralmente fácil de curar e, considerando que não seja uma fratura exposta, não costuma deixar seqüelas que alterem a aparência da pessoa, sendo uma lesão apenas interna ao corpo do indivíduo.

Com base nisso, devem ser apurados os danos-prejuízo de cada um dos danos-evento identificados. A quebra do piano é certamente um dano material, cujo dano emergente será o valor correspondente ao conserto do piano ou compra de um idêntico e cujo lucro cessante existirá se o dono do bem for um pianista profissional e deixar de se apresentar por conta da destruição de seu instrumento de trabalho. Mas essa lesão também pode configurar um dano moral. Caso o piano seja uma herança de família ou tenha sido

⁴⁶⁰ “O dano moral, assim como algumas espécies mesmo de dano material, não precisa ser recomposto necessariamente mediante uma indenização em dinheiro. O importante é que se refaça a ordem sócio-jurídica lesionada, o que se pode obter mediante providências variadas, tais como publicações e outras prestações de serviços” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33. São Paulo: Ed. Centro de Estudos, jun. de 1990, pp. 187-188).

⁴⁶¹ “O problema mais sério suscitado pela admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido. Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas quando o caso é de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome etc.) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil - Danos morais e patrimoniais - Acidentes no trabalho - Ato de preposto*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 731, ano 85. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, setembro de 1996 p. 99).

⁴⁶² POGLIANI, Mario. *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*. 2ª ed. rev. ampl. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1969, p. 442-445.

presenteado ao seu dono por um importante músico, a destruição do bem causará um sofrimento ao proprietário. Nesse caso, a indenização também deverá compensar essa dor.

Quanto ao pedestre, o simples fato de ter o corpo ferido impõe-lhe uma dor. Assim, além do pagamento do valor referente ao tratamento médico para reconstituição da perna, que constitui o dano material, deverá ser paga quantia suficiente para compensar a dor sofrida, que configura um dano moral.

Em outra situação, pode-se pensar no caso de um político ser caluniado em público por uma pessoa (por falsa imputação de crime). Independentemente das repercussões no campo do Direito Penal, para o Direito Civil terá havido um dano-evento à pessoa natural na sua esfera de personalidade, contra seu nome.

O dano-prejuízo poderá ser tanto moral como material nesse caso. O dano moral refere-se à perda de confiança que ele terá perante seus familiares e a sociedade, bem como o constrangimento que sofrerá perante todas essas pessoas. Tais sofrimentos resultam do ataque à sua honra e nome. Com relação ao dano material, ocorrerá se, em razão da ofensa, o político deixar de ser eleito nas próximas eleições. O valor da indenização será calculado com base no valor do subsídio que deixará de receber, que configuram os lucros cessantes. Entretanto, visto que não se pode ter certeza da vitória no pleito, mesmo se não houvesse ocorrido o ato ofensivo, a quantificação da indenização será feita sob a ótica dos prejuízos advindos da perda de uma chance⁴⁶³.

No caso dos cartéis, a diminuição da concorrência desincentiva os agentes a investirem na melhoria de atendimento e qualidade de seus produtos, visto que o preço é definido de modo conjunto. Essa perda do comprador representada pela possibilidade de ter acesso a um produto ou serviço de melhor qualidade é um dano moral.

⁴⁶³ As situações que são descritas como perda de uma chance são aquelas nas quais a vítima do dano deixa de aproveitar uma oportunidade que lhe poderia trazer ganhos, mas não se tem certeza que os mesmos seriam obtidos. Caio Mário afirma que “o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42) Assim, o cálculo da indenização deve ser razoável e precisa considerar a chance real de acontecer o fato que beneficiaria a vítima. Como exemplo, podemos citar o caso de alguém impedir uma pessoa de jogar na loteria. Não há certeza de que ela seria sorteada e, pelo contrário, as chances seriam muito pequenas, assim, não se pode exigir uma indenização com o mesmo valor do prêmio. Ao contrário, no caso de uma pessoa ser impedida de se inscrever em um campeonato de boliche, sabendo-se que ela preenche todos os requisitos necessários e suas habilidades são muito superiores às dos demais jogadores, demonstradas e outros campeonatos vencidos anteriormente, o valor da indenização poderá ser muito próximo ao do prêmio pago ao vencedor do campeonato.

6.2.4 – Quadro esquemático e identificação dos prejuízos do cartel

Lembrando-se que os danos-evento gerados pelos cartéis são aqueles decorrentes da cobrança de preço acima do valor normal de mercado (sobrepço), da redução dos investimentos na atividade empresarial e da própria atividade de cartel, podem ser identificados os danos-prejuízo correspondentes a cada um dos grupos.

O sobrepreço resulta no pagamento de preço acima do valor normal de mercado pelos compradores. Esse prejuízo é um dano material emergente, pois é a diferença de valor paga a mais pelo cliente e corresponde à sua perda econômica efetiva.

Quanto à redução dos investimentos na atividade empresarial, ela resulta na restrição ao desenvolvimento natural do mercado, analisada também no capítulo 5, que gera prejuízos individualizáveis e outros que são atingem a sociedade como um todo. É individualizado o valor que poderia ser diminuído do produto em razão do progresso do mercado, ou seja, o montante que poderia ser acrescido aos bens dos compradores. Ao contrário do sobrepreço, que é um valor a mais do que normalmente se cobra pelo bem e, portanto, uma perda imposta aos compradores, as potenciais reduções de preço são ganhos do comprador, pois inicialmente o preço do produto era mais alto.

Portanto, a eliminação de potenciais reduções de preço dos produtos, resultante da restrição ao desenvolvimento natural do mercado, é um lucro cessante, que também corresponde a um dano-prejuízo material. Sobre os demais prejuízos resultantes dessa restrição, eles representam as perdas que não podem ser calculadas e que não poderão ser recuperadas. O tempo perdido com o funcionamento do cartel não pode mais ser recuperado e, por mais que sejam retomados os investimentos e o mercado se desenvolva, o mesmo nível que poderia ser alcançado não poderá ser atingido. Mesmo que seja feito o cálculo das perdas por meio de estatísticas ou análises de mercado, a reparação é impossível e haverá apenas uma compensação dos prejuízos.

Por fim, quanto à diminuição geral do bem-estar social, é um prejuízo decorrente da própria atividade de cartel. Quanto mais o cartel interferir no mercado em que atua, mais prejuízos ele vai gerar, em qualquer dos grupos de efeitos identificados, além de aumentar as perdas de bem-estar, mas por menor que seja a sua atividade, a alteração do funcionamento do mercado já é suficiente para gerar o peso morto. Apesar de haver possibilidade de calcular essas perdas por meios econômicos, também não haverá meio de repará-las. O rebaixamento da qualidade de vida, a diminuição da produção e impossibilidade de compra dos bens por potenciais compradores que pagariam o preço normal de mercado são situações que não podem ser revertidas. Assim, o prejuízo também será moral e a indenização poderá apenas compensar os valores perdidos.

6.3 – NEXO CAUSAL

O terceiro elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil é o nexo causal. Ele é o elo entre o ato praticado por determinada pessoa e o dano produzido. A existência dessa relação é essencial para a caracterização da responsabilidade civil porque não se pode responsabilizar um indivíduo que não praticou qualquer ato ou por um dano que não decorreu do ato que ele praticou⁴⁶⁴. O dano sofrido pela vítima deve ser o resultado daquele ato praticado por uma determinada pessoa e o ato deve ser determinante para a produção desse dano⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ “Nexo causal em responsabilidade civil é o liame obrigatório entre o fato (causa) e o dano (efeito)” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, verão de 2008, p. 22).

⁴⁶⁵ “A necessidade de se limitar a responsabilidade é universalmente sentida e, para expressá-la, é comum recorrer-se ao uso de regras referentes à ‘aproximação’ ou ao ‘distanciamento’ do evento referente ao ato que lhe deu causa”. Tradução livre de: “L’esigenza di limitare la responsabilità è univelsalmente sentita, e per

Assim, caso se saiba que uma determinada pessoa praticou um ato, é preciso verificar se esse ato gerou um dano, se esse ato foi determinante para a produção do dano e se o dano observado decorre daquele ato⁴⁶⁶. Caso não tenha sido produzido qualquer dano, outros fatores tenham sido determinantes para a produção do dano ou o dano verificado decorra de outro ato, inexistente nexo causal entre os elementos e não surge a responsabilidade civil.

Com relação às hipóteses de inexistir dano ou o dano produzido não corresponder ao ato praticado é fácil identificar quando a responsabilidade será formada ou não. Contudo, há grande dificuldade para definir se o ato praticado foi determinante para a produção do dano e qual o grau de influência dele sobre este.

A análise da relação de causalidade é feita por três teorias principais que se prestam a tentar estabelecer os critérios necessários para que se prove o vínculo entre ato e dano, mesmo que não consigam investigar por completo – até mesmo por impossibilidade prática – todas as particularidades que circundam a prática do ato e as interferências que podem afetar a produção do dano⁴⁶⁷. Essas teorias são: teoria da *conditio sine qua non*, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade necessária.

A teoria da *conditio sine qua non*, por alguns chamada de teoria da equivalência de condições, determina que todos os fatores que contribuem para a ocorrência do evento⁴⁶⁸ e todas as ocorrências que sucedessem o primeiro acontecimento seriam tidas

esprimerla sono ricorrenti formule in termini di <<prossimità>> o <<lontananza>> dell'evento rispetto all'atto che lo ha causato" (THIMARCHI, Pietro. *Causalità e dann.* Milão: Giuffrè, 1967, p. 19).

⁴⁶⁶ Assim esclarece Rui Stocco: "é necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes [que o agente tenha procedido *contra jus*, e que a vítima sofra um dano], que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de René Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria'" (STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* (doutrina e jurisprudência). 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 151).

⁴⁶⁷ "Longe de exaurir-se na aplicação de critérios técnicos de individualização das 'causas' do dano, o emprego do princípio da causalidade se presta a proceder à seleção de interesses que – fundados em razões políticas, passam a delimitar a área do dano a ser ressarcido – nem sempre são explícitos no corpo de motivação de pronúncias". Tradução livre de: "Lungi da esaurirsi nella applicazione di criteri tecnici di individuazione delle <<cause>> del danno, l'impiego del principio di causalità si presta ad operare selezioni di interessi che – fondate su ragioni di politica intese a delimitare l'area del danno rissarcibile – non sempre risultano esplicitate nel corpo delle motivazioni delle pronunce" (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito* – parte prima: i profili dottrinali. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1980, p. 155).

⁴⁶⁸ "Aquella que se refaz na teoria da 'conditio sine qua non', segundo a qual todos os fatores causais são relevantes, desde que sua incidência seja necessária à produção do resultado". Tradução livre de: "A quella che si rifà alla teoria della <<conditio sine qua non>> (in base alla quale tutti i fattori causali sono rilevanti se risulta che la loro presenza era necessaria per il prodursi dell'evento)" (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito* – parte prima: i profili dottrinali. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1980, p. 146).

como conseqüências dele, considerado como causa de todos os danos⁴⁶⁹. Surgida no século XIX, com a exposição do penalista Maximilian Von Buri, essa teoria considera que todos os fatos ocorridos são causadores do dano⁴⁷⁰.

Portanto, essa teoria impõe grande responsabilidade sobre o agente do ato, pois define que sua atividade contribuiu para todas as perdas subseqüentes impostas à vítima. Seu âmbito de abrangência é muito grande⁴⁷¹ e atualmente ela é pouco aceita, sendo descartada pela grande parte dos autores brasileiros como opção para estabelecer o vínculo entre ato e dano⁴⁷².

Sob a ótica da teoria da causalidade adequada, as possibilidades de imputação do dano ao agente ficam mais limitadas, pois os fatos devem ser analisados de modo rigoroso para que fique demonstrada a vinculação entre o dano e a causa, dentro de uma relação de causa e efeito⁴⁷³, e que a causa tenha sido condição para que o efeito se produzisse.

Os principais autores que iniciaram o desenvolvimento dessa teoria foram Von Kries, Rümelin e Traeger⁴⁷⁴ e ela determina que haverá nexos causal entre o ato e o dano se estiverem presentes fatores que normalmente produziriam o dano em situações semelhantes⁴⁷⁵.

⁴⁶⁹ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In *Revista trimestral de direito civil*, ano 4, vol. 14. Rio de Janeiro: Ed. Padma, abr/jun 2003, p. 56.

⁴⁷⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, verão de 2008, p. 24.

⁴⁷¹ “No âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência de condições levaria absurdamente longe demais a obrigação de indenizar” (NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, In *Revista trimestral de direito civil*, ano 4, vol. 14. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2003, p. 57).

⁴⁷² “A injustiça inicial não tem, em nosso sistema, uma força ilimitada” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua conseqüência*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 372).

⁴⁷³ “As técnicas às quais se recorre para a aplicação do princípio da causalidade são duas: uma resguarda o nexo existente entre ‘evento’ e ‘conseqüências danosas’; a outra, ao contrário, refere-se à ‘previsibilidade do dano’. Tradução livre de: “In particolare, le tecniche cui si fa ricorso per applicare il principio di causalità sono due: l’una riguarda il nesso che sussiste tra <<evento>> e <<conseguenze dannose>>; l’altra invece, è riferita alla <<prevedibilità>> del danno” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell’illecito – parte prima: i profili dottrinali*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1980, p. 145).

⁴⁷⁴ “Estas, de von Kries, de Rümelin e de Traeger, constituem as três versões principais da teoria da causalidade adequada. As demais não apresentam distinção, a não ser por elementos de menor importância”. Tradução livre de: “Queste, del von Kries, del Rümelin e del Traeger, costituiscono le tre principali versioni della teoria della causalità adeguata: le altre non se ne distinguono che per elementi di minor conto” (THIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milão: Giuffrè, 1967, p. 36).

⁴⁷⁵ “A teoria da causalidade adequada, valendo-se de métodos estatísticos, considera relevantes somente aqueles fatores que normalmente são verificados em eventos similares àqueles que produziram o dano”. Tradução livre de: “la teoria della c.d. <<causalità adeguata>> (che, avvalendosi di metodi statistici, considera rilevanti solo quei fattori che normalmente si riscontrano nel verificarsi di eventi simili a quelli che produssero il danno)” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell’illecito – parte prima: i profili dottrinali*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1980, p. 146).

Nos termos da teoria da causalidade adequada, “o dano deve se relacionar àqueles antecedentes que são próprios para produzi-lo, seguindo o curso natural das coisas”⁴⁷⁶. A análise do nexo causal sob essa teoria é feita através do questionamento sobre qual ato foi o decisivo para a ocorrência do evento danoso⁴⁷⁷. Mais do que isso, podem ter vários atos decisivos, mas basta que aquele sob análise possa gerar o dano.

Assim, para a teoria da causalidade adequada o evento precisa ser capaz de gerar o dano, ao contrário da teoria da *conditio sine qua non*, em que todos os eventos contribuem para a produção do dano⁴⁷⁸. Os eventos ocorridos devem ser suficientes para produzir o dano, mesmo que tenham outros que contribuam para o mesmo fato⁴⁷⁹. Portanto, ainda que a produção do dano possa ser explicada por outros eventos ocorridos, o ato sob análise é capaz de produzir o dano observado e este é o resultado esperado por sua prática⁴⁸⁰.

O artigo 403 do Código Civil⁴⁸¹ estabelece que a indenização deve incluir todo o prejuízo efetivo (danos emergentes) e os lucros cessantes decorrentes por efeito direto e imediato. Portanto, está descartada a aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, pela qual seriam indenizados todos os resultados em qualquer nível de proximidade com o dano. Apesar disso, também podem ser incluídos na indenização os prejuízos mediatos e indiretos, desde que estejam no primeiro nível de efeitos gerados, afinal, para ser aplicada a todos os casos a regra não pode ser absoluta⁴⁸². Esse é o caso do dano ambiental, cuja indenização pode abranger os prejuízos auferidos pelo grupo de pessoas que costumava se valer economicamente de uma região florestal, ora devastada – nesse caso, a titularidade

⁴⁷⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, verão de 2008, p. 25.

⁴⁷⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, verão de 2008, p. 27.

⁴⁷⁸ Sumariza Rui Stocco, confrontando as duas teorias, que na teoria da causalidade adequada, “ao contrario da ‘teoria da equivalência’, nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão-somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso.” (*Tratado de responsabilidade civil* - doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 151).

⁴⁷⁹ POGLIANI, Mario. *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*. 2ª ed. rev. ampl. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1969, p. 63-66.

⁴⁸⁰ Para Fernando Noronha, “basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente” (NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In *Revista trimestral de direito civil*, ano 4, vol. 14. Rio de Janeiro: Ed. Padma, abr/jun 2003, p. 75).

⁴⁸¹ Código Civil Brasileiro, artigo 403: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁴⁸² “Em alguns casos, o nexo causal pode se mostrar imediato e direto. Mas isto não é uma regra absoluta, porque pode haver também a incidência de um nexo indireto”. Tradução livre de: “In alcuni casi può il nesso causale mostrarsi immediato e diretto, ma ciò non forma regola assoluta, perché può anche patesarsi un nesso indiretto” (SALEMI, Giovanni. *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1912, p. 48).

do direito ao meio ambiente é da sociedade e é ela que sofre os prejuízos diretos e imediatos.

A teoria da causalidade necessária, sustentada no Brasil por Agostinho Alvim, tenta restringir um pouco mais o alcance dos eventos que podem gerar os danos. Segundo essa teoria, “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”⁴⁸³.

Portanto, não basta que um determinado evento possa produzir o dano observado e o justifique. O ato deve ser o único evento que explica a produção do dano. O dano não poderia ter sido produzido por nenhum outro ato que não aquele analisado⁴⁸⁴.

A teoria é útil para eliminar injustiças que são produzidas pela teoria da *conditio sine qua non*. Sob essa teoria, mesmo que diversos outros eventos produzidos por pessoas estranhas à primeira relação de causa-efeito danoso influenciassem na produção do prejuízo, a pessoa que praticou o primeiro ato continuaria responsável por toda a cadeia de danos gerados. Com relação à teoria da causalidade necessária, haveria um rompimento da relação de causalidade com o agente do primeiro ato no momento em que um terceiro interviesse. A partir desse momento, o ato inicial não mais seria o único evento que explicaria a produção do prejuízo⁴⁸⁵.

Para Antunes Varela⁴⁸⁶, o nexos causal se basearia na causa real, determinante para a produção do dano. Assim, mesmo havendo outras causas concorrendo com a real (causas virtuais) que seriam suficientes para produzir o dano não fosse a ocorrência da causa real, elas são desconsideradas. Esse entendimento é muito próximo ao de Agostinho Alvim.

Cada uma das teorias apresenta vantagens e desvantagens dependendo do agente que está em evidência: infrator ou vítima. Entretanto, considerando o equilíbrio das situações econômicas e fáticas antes e depois do dano, as teorias da causalidade adequada e

⁴⁸³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequência*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 356.

⁴⁸⁴ “Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequência*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 372).

⁴⁸⁵ “Se o devedor, por um procedimento anormal, foi a causa do novo dano, rompe-se o nexos causal, segundo esta teoria, como se romperia segundo a teoria do dano direto e imediato, encarada segundo esta ou aquela concepção. Mas, se o causador do novo dano é um terceiro já não haveria coincidência nas soluções, porque este fato, segundo a teoria da equivalência das condições, não seria de molde a romper o nexos causal. O devedor, causador do primeiro dano, seria responsabilizado por este dano subsequente, ao contrário do que se daria com a teoria do dano direto e imediato, em face do qual o nexos, em tal caso, estaria rompido, libertando o primeiro devedor” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequência*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 374).

⁴⁸⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 617-625.

da causalidade necessária apresentam soluções mais comedidas. Entre elas, também haverá vantagens e desvantagens dependendo da situação de fato.

Em se tratando dos cartéis, objeto desse estudo, a situação pode gerar muitas dúvidas. Se aplicada a teoria da *conditio sine qua non*, todos os danos gerados à sociedade deverão ser indenizados pelo agente cartelista em todos os níveis da cadeia produtiva, partindo do sobrepreço pago pelo agente pertencente ao nível da estrutura de mercado imediatamente inferior e podendo chegar ao consumidor final, vários níveis abaixo, pela aquisição de produtos diferentes daqueles sujeitos às decisões do cartel.

Até mesmo o peso-morto, representado pelos consumidores que comprariam os produtos pelo preço normal de mercado e que deixam de adquiri-lo em função do preço mais elevado, seria indenizado.

Dependendo da posição ocupada pelo agente participante do cartel na estrutura de mercado, a cadeia de efeitos pode ser maior ou menor. Um cartel formado por postos de gasolina, por exemplo, pode afetar o consumidor final ao vender gasolina a preço superior ao do preço normal de concorrência para pessoas que usam seu automóvel apenas como meio de transporte, seja para trabalhar, passear ou qualquer outra finalidade privada; poderia eventualmente afetar os serviços de transporte que utilizam veículos à base desse combustível.

Por outro lado, a venda de óleo diesel a preços monopolísticos certamente afetará os serviços de transporte, visto que esse tipo de combustível é utilizado por caminhões e outros veículos de grande porte. Essa cobrança poderá gerar o aumento do preço do frete e resultar no aumento do preço final de produtos e serviços para os consumidores. Adotando-se a teoria da *conditio sine qua non*, todos deveriam ser indenizados nas parcelas que lhe fossem cabíveis.

Da mesma forma, ao analisar o cartel das vitaminas⁴⁸⁷, já condenado pelo CADE, verifica-se que existem dois tipos principais de compradores: os consumidores finais de vitaminas, que comprem esse produto isoladamente como suplemento alimentar, e toda a indústria de alimentos, que incrementa seus produtos com as vitaminas, repassando o aumento do preço para os consumidores finais.

⁴⁸⁷ Vide documentos referentes ao Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18 no site do CADE: www.cade.gov.br.

Mais que isso, em qualquer uma das classes de compradores, teremos pessoas que deixarão de adquirir os produtos em função do aumento de preços e, para o caso das pessoas que adquirem vitaminas como suplemento alimentar, por exemplo, a empresa participante do cartel poderia até mesmo ser obrigada a indenizar o tratamento médico daquele indivíduo que deixasse de comprar vitamina C em razão do alto preço e passasse a sofrer de raquitismo. Não faz sentido que a empresa pague pelo tratamento da pessoa, mesmo sabendo que, se os preços fossem próximos aos de concorrência, seria provável que o paciente comprasse a vitamina C. Mais uma vez, poderemos encontrar uma longa cadeia de prejudicados que poderão solicitar a restituição dos valores pagos a maior e uma extensa linha de danos colaterais que surgirão para cada um dos prejudicados, se for adotada a teoria da *conditio sine qua non*.

Com base na teoria da causalidade adequada algumas alterações seriam observadas, pois o ato deve ser capaz de produzir o dano. Considerando o exemplo acima citado do cartel de postos de gasolina, o resultado da análise não se alteraria se comparado ao critério de indenização da teoria da *conditio sine qua non*. O aumento inicial de preço do combustível é uma condição suficiente para explicar o aumento de preço tanto para o consumidor direto como para o consumidor final de produtos que dependem da rede de transporte. Apesar de existirem outros elementos que interferem na produção do dano, o aumento de preço pelos postos é capaz de gerar os danos e estes são efeitos previsíveis daquele ato.

Por outro lado, no caso do cartel das vitaminas a solução seria diferente. Dado que a participação das vitaminas na composição dos produtos nos quais é utilizada como incremento é muito baixa, o aumento de preço dificilmente seria capaz de alterar substancialmente o preço do produto final. Tal fato teria que ser comprovado, mas a regra geral seria a de que ele é incapaz de impactar sobre o preço. Da mesma forma, no caso de um paciente que precise de Vitamina C para seu tratamento, esse acréscimo no preço do produto não pode ser considerado como suficiente para o desenvolvimento da doença de raquitismo, mesmo que impeça a aquisição do produto.

Primeiramente, a elevação do preço não é capaz de explicar porque o produto deixa de ser adquirido. As decisões de compra dos consumidores obedecem a critérios subjetivos e não mantêm necessariamente uma relação direta com a alteração de preço do produto, apesar de esse ser um dos critérios levados em consideração. Ademais, mesmo que esse fosse o caso, a falta do consumo de Vitamina C não é capaz de explicar o desenvolvimento da doença de raquitismo. Essa enfermidade pode surgir por diversos

motivos e não é previsível que qualquer pessoa que deixe de ingerir diariamente suplementos de Vitamina C desenvolva essa doença.

Assim, seriam indenizados apenas os compradores das vitaminas a preço superior ao que deveria ser comercializado e o valor da reparação ficaria adstrito à diferença de preço praticada pelo cartel acima do valor de concorrência.

Sob a ótica da teoria da causalidade necessária, o resultado também mudaria. Apesar de a solução dada para o caso do cartel da vitamina ser idêntica à encontrada para a teoria da causalidade adequada, o mesmo não ocorre com o exemplo do cartel dos postos de gasolina.

No caso do aumento do preço de combustíveis, sob a ótica da causalidade necessária, teriam direito à indenização apenas os compradores diretos que pagassem pelo combustível um preço superior ao preço normal de mercado. O aumento do custo dos transportes não é necessariamente causado pelo aumento do preço da gasolina. Existem diversos elementos que compõem a estrutura de preços de uma transportadora além do valor do óleo diesel utilizado por seus caminhões. Apesar de o aumento no preço do combustível ser um fator que possa explicar o aumento do valor do frete, outros eventos podem explicar esse aumento de preços repassado ao restante da cadeia produtiva e, portanto, os cartelistas não poderão ser responsabilizados por esses outros danos.

Diante dos cenários expostos, a teoria que pareceria ser mais apropriada é a da causalidade necessária, pois garante maior equilíbrio entre as situações anterior e posterior ao dano e evita o pagamento de indenizações indevidas.

Entretanto, os cenários propostos levaram em conta apenas um dos resultados possíveis da prática de cartel, que é o aumento do preço dos produtos. Além desse, também pode ocorrer a restrição ao desenvolvimento natural do mercado, decorrente da redução dos investimentos em diversas atividades do mercado (tais como pesquisa e desenvolvimento, propaganda, inovação, entre outros) e a diminuição geral do bem-estar da população, conforme se explicou em detalhes no capítulo 5.

A diminuição dos investimentos pelos cartelistas em diversas atividades relacionadas ao seu negócio decorre do desincentivo criado pela situação de acomodação gerada pela inexistência de competitividade entre os agentes. Essa redução prejudica o mercado, pois vários avanços tecnológicos e benefícios decorrentes dos investimentos deixarão de ser gerados. Da mesma forma, a ineficiência alocativa dos meios de produção gera perda de bem-estar social, prejuízo esse que se dissipa e não é absorvido por nenhum dos agentes, mas também não pode ser recuperado.

A complexidade dessas relações demonstra que existem inúmeros eventos que podem contribuir para a causa de cada uma das ações e eventuais danos gerados. Portanto, sequer é necessária uma análise mais acurada de cada uma das hipóteses para perceber que, sob a ótica da teoria da causalidade necessária, nenhum desses prejuízos seria indenizado. Na dinâmica de mercado, nenhum elemento é decisivo de modo isolado para a tomada das decisões e para a produção dos efeitos, tal como também ocorre no processo de formação dos preços.

Assim, a determinação do nexo causal por meio da teoria 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 é impossível comprovar que inexistiram outras circunstâncias que interferiram na produção do dano⁴⁸⁸. O cartel seria um evento adequado e suficiente para a produção de tais efeitos e do qual eles seriam um resultado esperado.

Importante notar que o nexo causal não se confunde com o vínculo jurídico que eventualmente possa existir entre os agentes de mercado. Os contratos celebrados ao longo da cadeia produtiva pouco importam para a responsabilização pela prática de cartel, porque, além de a responsabilidade ser extracontratual, esses vínculos jurídicos não correspondem necessariamente ao nexo causal. O comprador pode adquirir o produto do próprio cartelista ou de outro agente qualquer, que não participa do cartel e pode até mesmo estar sendo lesado por ele.

O fornecedor pode participar do mesmo mercado que sofre os efeitos do cartel e não participar do acordo ou pode estar no mercado de nível inferior na cadeia produtiva, prejudicado pelo cartel, cujos membros podem ser os seus fornecedores diretos ou estarem muitos níveis acima na cadeia produtiva.

Independentemente dos vínculos jurídicos existentes, o nexo causal é a relação de causa e efeito entre as práticas de cartel e as alterações sofridas pelo mercado e liga o comprador ao cartelista, que praticou o ato ilícito. Portanto, os pedidos de indenização devem ser feitos diretamente pelo lesado aos membros do cartel.

No caso de agentes que pertençam ao mesmo mercado do cartel, mas não participem dele, a decisão pode ser a de manter o preço inalterado ou a de aumentar o

⁴⁸⁸ “O direito seria demasiadamente severo se exigisse ao prejudicado a prova matemática irrefutável de que essa outra possível circunstância se não teria produzido nem o lucro previsto deparado com qualquer novo obstáculo”. (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva & C.^a, 1938, pp. 49-50).

preço dos produtos, com ou sem o conhecimento do cartel. Caso os preços sejam mantidos no valor original, o agente não poderá ser responsabilizado por qualquer prejuízo e ainda poderá exigir do cartel os prejuízos que sofrer.

No caso de aumento de preço, há duas soluções diversas, dependendo de o agente ter agido com boa-fé ou má-fé. Caso o agente aumente seus preços, mas ignore a existência do cartel ou, mesmo sabendo de suas atividades, não consiga agir de modo diverso⁴⁸⁹, também não poderá ser responsabilizado por qualquer prejuízo e, assim como no caso em que o preço não é aumentado, poderá exigir do cartel os prejuízos que sofrer.

Contudo, caso o agente saiba da existência do cartel e possa manter seus preços inalterados, resistindo à situação artificialmente criada, mas aumente seus preços por má-fé em busca do aumento do seu lucro, será responsável por indenizar os compradores que adquirirem seus produtos. Essa responsabilidade decorre do artigo 146 do Código Civil⁴⁹⁰, que determina que as perdas e danos devem ser indenizadas nos casos de negócios jurídicos celebrados com dolo accidental⁴⁹¹.

Com relação às relações verticais entre os mercados, deve ser avaliado se o aumento de preços resultante do cartel foi repassado à cadeia produtiva ou absorvido parcial ou integralmente pelo primeiro comprador. Se ignorada essa etapa de análise, se poder-se-ia imaginar que todos os agentes pertencentes aos níveis inferiores da cadeia produtiva pediriam indenização ao cartelista e este pagaria, indevidamente, várias indenizações pelo mesmo prejuízo.

Retomando o exemplo do cartel das vitaminas, no caso de uma empresa fornecedora de um determinado cereal matinal que utiliza vitaminas em sua formulação receber da empresa participante do cartel a indenização pela diferença paga a mais pelas vitaminas e o consumidor final deste mesmo cereal matinal também receber esse valor, o infrator está pagando duas vezes pelo mesmo prejuízo.

⁴⁸⁹ Sabe-se que os cartéis costumam praticar ações exclusionárias contra os agentes que contrariam seus objetivos e mesmo que tais condutas possam ser denunciadas e punidas pelas autoridades de defesa da concorrência, os danos podem ser irreparáveis. Caso os agentes que não participam do cartel estejam impedindo que os cartelistas atinjam seus objetivos, é comum que o cartel reduza o preço para expulsar os demais agentes do mercado, para depois aumentar o preço livremente; ou pratique preços discriminatórios na região de atuação daquele agente que esteja atrapalhando as decisões do cartel.

⁴⁹⁰ Código Civil, artigo 146 – O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

⁴⁹¹ O dolo accidental é aquela maquinação ou esforço do vendedor para enganar o comprador que não é decisivo para a celebração do negócio jurídico (ou seja, o comprador celebraria o negócios mesmo que inexistisse dolo), mas atenta contra a boa-fé, confiança e moralidade que devem estar presentes no ambiente negocial, tornando o contrato menos vantajoso para a outra parte. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 526-529).

Além disso, também haveria incorreção em determinar o pagamento de indenização pelo fornecedor de vitaminas diretamente ao usuário final se não há como apurar o valor certo a ser restituído. O consumidor poderá receber o valor adicional que o cartel cobrou pela vitamina, mas não toda a diferença paga pelo cereal.

Considerando apenas os efeitos decorrentes do aumento de preços feito pelo cartel, o produtor desse cereal pode adotar ao menos três decisões diferentes: pode aumentar o preço de seu produto apenas o suficiente para cobrir a diferença cobrada pela vitamina; pode aumentar o preço de seu produto além do suficiente para cobrir a diferença cobrada pela vitamina, aproveitando a situação para aumentar seu lucro; ou pode manter os preços sem alteração, para não diminuir suas vendas, absorvendo o aumento de preço daquele insumo na sua estrutura de preço.

Na primeira situação, o produtor do cereal repassou completamente o acréscimo de valor e não sofreu prejuízo pelo aumento de preço, de modo que a indenização é devida somente ao consumidor. O nexo causal liga o consumidor ao cartel, cujas atividades foram a causa do aumento feito pelo produtor de cereais.

Vale lembrar que o artigo 942 do Código Civil⁴⁹² determina que há solidariedade passiva daqueles que violam direitos de outrem. Assim, dada a natureza do cartel, sempre haverá solidariedade entre os membros do cartel quanto à responsabilização pelos prejuízos gerados e qualquer um deles poderá ser demandado pelos prejudicados.

No segundo cenário, o consumidor também poderia exigir a indenização do cartelista, produtor das vitaminas, mas não por todo o valor pago pelo produto acima do preço anterior. Caberia indenização apenas pelo sobrepreço imposto pelo cartel. Novamente, nenhuma indenização seria cabível ao produtor de cereais por esse prejuízo.

Quanto à diferença de valor correspondente ao aumento do lucro do produtor de cereais, existem duas soluções diferentes. Caso esse tenha aumentado seu preço independentemente da prática de cartel, porque iria aumentar o preço de qualquer modo ou porque desconhecia a existência do cartel e aumentou seus preços seguindo a mesma evolução do valor dos insumos, ele não será responsável perante o consumidor.

Contudo, este poderá exigir tais valores diretamente do cartel, que gerou a situação artificial de mercado e provocou o aumento – portanto, o aumento de preços só foi

⁴⁹² Código Civil Brasileiro, artigo 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.

possível em razão da alteração artificial promovida pelo cartel. A causa inicial se originou do cartel e tem relação direta com o aumento dos preços.

A mesma solução é dada para os casos em que o produtor de cereais saiba da existência do cartel, mas não tenha como agir de modo diverso, seja por força do poder de mercado detido pelo cartel, seja porque o mercado não suporta um comportamento diferente sem que se comprometa a atividade empresarial do produtor.

Ao contrário, caso fique comprovado que o produtor de cereais sabia da existência do cartel e se aproveitou dele para também aumentar seus lucros, agindo com má-fé, ele será obrigado a indenizar o consumidor final no valor referente à diferença entre o preço anterior e o posterior, excluído o sobrepreço, que deve ser indenizado pelo próprio cartel.

Da mesma forma que ocorre com o produtor que pertence ao mesmo mercado do cartel e, apesar de não participar do acordo, aumenta os preços por má-fé, nesse caso há dolo acidental nos negócios jurídicos celebrados entre o produtor de cereais e seus clientes. Na situação de agentes que atuam no mesmo mercado, contudo, existe apenas um valor a ser indenizado, decorrente do aumento determinado pelo agente mal intencionado que segue o preço praticado pelos cartelistas.

No caso de mercados verticalizados, existem dois valores cobrados indevidamente: o sobrepreço pago pelo produtor de cereais ao adquirir as vitaminas de um dos membros do cartel e o outro acréscimo somado pelo produtor de cereais ao preço de venda para os consumidores.

Por fim, caso o produtor de cereais absorva o aumento de preços praticado pelo cartel e não altere o valor do produto para o usuário final, não caberá qualquer indenização ao consumidor, mas apenas ao produtor, que deverá exigir a reparação diretamente dos membros do cartel.

Portanto, somente uma análise da estrutura de preços do fabricante de cereais matinais poderá demonstrar qual o valor devido de indenização para o consumidor final. O correto é que participem do processo de pedido de indenização as empresas que tenham ligação direta com o cartel, para que possam prestar as informações necessárias para que a indenização seja determinada corretamente. Caso o agente lesado pelo cartel esteja vários níveis abaixo na cadeia produtiva, todos os agentes intermediários do processo de fabricação do produto deverão ser analisados para saber quem efetivamente foi prejudicado pelo cartel.

Sabe-se que os produtos têm diversos outros elementos em sua composição e que o aumento pode decorrer da variação de outros ingredientes, além daquele que sofre os efeitos do cartel, ou somente por eles, caso o produtor absorva o aumento de preço imposto pelo cartel.

Pode-se suscitar que essa solução esbarra na legislação de defesa do consumidor, pois restringiria seus direitos, tal como a inversão ao ônus da prova, assegurado pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, nos casos em que o fornecedor seja o próprio cartelista e o comprador seja também o consumidor (usuário final do produto), o contrato celebrado gera uma relação de consumo. Essa situação não altera em nada a constituição do direito de indenização, pois continua existindo a responsabilidade civil extracontratual, decorrente do ato ilícito praticado, que é a celebração do acordo de cartel e sua implementação.

O Código Civil é suficiente para proteger os direitos dos consumidores, da mesma forma como faz com os demais compradores. Contudo, o cartel também viola as normas contidas nos artigos 6º, IV e 39, X, do Código de Defesa do Consumidor, gerando também nessa esfera uma responsabilidade dos cartelistas, que não pode ser ignorada.

Assim, apesar de os prejuízos a serem reparados serem os mesmos, os meios para a cobrança da indenização se alteram. O Código de Defesa do Consumidor prevê benefícios aos usuários finais dos produtos que facilitam o pedido de indenização. Caso o consumidor prefira, poderá utilizar esses mecanismos.

Vale ainda lembrar que outros prejuízos decorrentes do sobrepreço, tal como a perda de participação de mercado ou algum aumento de custo, gerado pelos efeitos do cartel, aos agentes não participantes que agem de boa-fé, também podem ser objeto de pedido de indenização.

Por fim, resta lembrar que todas as situações analisadas decorrem apenas de uma das fontes de efeitos do cartel: o sobrepreço. Existem também os prejuízos gerados pela restrição ao desenvolvimento natural do mercado, para os quais a análise feita para o sobrepreço é aplicável, nas situações cabíveis. Assim, os agentes que atuem com má-fé poderão ser responsabilizados e os demais poderão exigir a indenização do cartel.

Quanto à diminuição geral do bem-estar social, não há como os agentes que não participam do cartel gerarem danos. Os efeitos decorrem do próprio acordo ilícito e, portanto, todos os pedidos de indenização recairão sobre os cartelistas.

6.4 – CULPA

A culpa é o quarto e último elemento formador da responsabilidade. Apesar de sua definição ser reconhecidamente complexa, de modo que Georges Ripert sequer chega a elaborá-la⁴⁹³, a grande maioria dos autores apresenta um conceito para esse termo. Para Alvino Lima⁴⁹⁴, “culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”. Aguiar Dias⁴⁹⁵ leciona de modo similar e considera que a culpa seria o desrespeito à norma de conduta por falta de diligência ou esforço necessário.

Mazeaud e Mazeaud⁴⁹⁶ consideram que a culpa delitual seria a intenção de causar dano, imbuída de maldade. A intenção de causar o dano seria imprescindível, portanto, sob a ótica desses autores, tal como também consideram outros autores franceses⁴⁹⁷.

Entretanto, a exemplo de Alvino Lima e Aguiar Dias, muitos autores consideram que não haveria necessidade de o autor ter intenção de produzir o ato que gera o dano, mas também não se poderia dispensar a análise do aspecto moral da culpa⁴⁹⁸.

⁴⁹³ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Vol. 1. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 109.

⁴⁹⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 69.

⁴⁹⁵ “A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude”. (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Vol. 1. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120).

⁴⁹⁶ “De uma maneira resumida, no direito francês, a culpa delitual tem contornos bastante definidos: noção puramente subjetiva, caracteriza-se pela vontade maldosa, pela intenção de causar o dano”. Tradução livre de: “En résumé, en droit français, la faute délictuelle a des contours très précis: notion purement subjective, elle se caractérise par la volonté méchante, par l’intention de causer le dommage” (MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome Premier. 4ª edição. Paris : Librairie du Recueil Sirey, p. 410).

⁴⁹⁷ “Na definição proposta por M. Hue, ‘a culpa consiste na intenção de se praticar um ato ilícito, ou na negligência em se apurar consequências ou elementos característicos’”. Tradução livre de: “La définition proposée par M. Hue, pour qui « la faute consiste dans l’intention de commettre un fait illicite, ou dans la négligence qu’on a mise à ne pas en découvrir les conséquences ou les caractères »” (MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome Premier. 4ª edição. Paris : Librairie du Recueil Sirey, p. 391).

⁴⁹⁸ “A culpa não pode dispensar o elemento moral. Este consiste no reparo a quem praticou o ato ilícito, inconveniente, indevido ou censurável. Mas a noção tradicional da culpa jurídica difere da noção da culpa moral” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Vol. 1. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 118).

No conceito oferecido por Rui Stocco⁴⁹⁹, a culpa, em sentido estrito, seria o comportamento inescusável de uma pessoa que lesa ou viola direito, mesmo sem que haja intenção de causar o dano. Para Giovanni Salemi⁵⁰⁰, a culpa seria um comportamento lesivo que é considerado legítimo pelo agente, mas reprovado pelas normas jurídicas.

Nesse sentido, os atos praticados com culpa seriam aqueles em que há consciência do agente, mas não há intenção na produção dos efeitos. Desse modo, muitas vezes a culpa é resultado de negligência, imprudência ou imperícia do agente na prática da atividade⁵⁰¹.

Portanto, a culpa pode ser definida como a conduta do agente sem intenção, com ou sem consciência, que desrespeita norma jurídica.

Importa, então, saber o grau de consciência do agente sobre seu ato, apurando se houve vontade de sua parte para que o resultado fosse atingido. Na escala de imputabilidade, o dolo aparece no topo, seguido da culpa em seus vários níveis e do caso fortuito ou da força maior. Existem ainda patamares intermediários, mas cujo detalhamento extravasa o objetivo deste estudo.

As hipóteses de dolo são aquelas em que o agente realiza o ato conscientemente e pretende produzir os efeitos, ou seja, seus atos são intencionais. Pode haver vontade de produzir o mal ou não⁵⁰². Quanto os níveis da culpa, cuja escala remonta ao direito romano, são os seguintes: culpa grave, culpa leve e culpa levíssima. A culpa grave é aquela que mais se aproxima do dolo, sendo a culpa levíssima aquela que beira a inculpabilidade, pois o agente tentou evitar ao máximo o ato que produziu o resultado danoso. A culpa leve ocupa o meio termo entre os dois extremos, não tendo havido nenhuma atenção ou desatenção especial pelo agente.

⁴⁹⁹ “Traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o homo medius. Cuidando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há que se falar em culpa stricto sensu” (STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* -doutrina e jurisprudência. 7ª edição. São Paulo: RT, 2007, p. 130).

⁵⁰⁰ “A culpa se forma, portanto, quando o fato externo lesivo a uma norma jurídica se associa a um estado psíquico, considerado legítimo pelo agente, mas ilegítimo, do ponto de vista jurídico”. Tradução livre de: “La colpa si appalesa, dunque, quando il fatto esterno lesivo di una norma giuridica si collega ad uno stato psichico che è considerato dall’agente come legittimo, ma da parte del diritto come illegittimo” (SALEMI, Giovanni. *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1912, p. 46).

⁵⁰¹ “A culpa caracteriza-se pela imprudência, pelo descuido, sem que haja deliberação de violar um dever” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua conseqüências*. 4ª edição. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 256).

⁵⁰² “O dolo consiste na voluntariedade em relação ao ato injusto que causa dano, não sendo indispensável que o agente queira o mal alheio” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua conseqüência*. 4ª edição atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 256) “Dolo, portanto, é a violação consciente, intencional, quer o autor tenha o intento direto de prejudicar (o que é muito raro), quer tenha outro intento” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua conseqüências*. 4ª edição atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 258).

A culpa foi por muito tempo um elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil, mas, modernamente, esse elemento se mostra insuficiente para abranger todos os danos sofridos pelas vítimas e indenizá-las adequadamente⁵⁰³⁻⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵. Nesse sentido, a culpa tornou-se prescindível para a caracterização da responsabilidade civil em algumas situações⁵⁰⁶, para as quais seria aplicada a responsabilidade objetiva, que exige apenas a presença dos elementos do ato ilícito, dano e nexo causal⁵⁰⁷⁻⁵⁰⁸.

Entretanto, o processo de eliminação do elemento da culpa dentre os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil deve evoluir com cuidado. A culpa funciona como uma garantia do equilíbrio entre o comportamento das pessoas e a

⁵⁰³ “A bem se considerar, atualmente, em todos os ordenamentos, codificados ou não, introduziram-se regimes especiais de responsabilidade, nos quais a culpa é irrelevante, imputando-se, por razões diversas, a responsabilidade ao causador do dano, com a finalidade de se proteger a vítima”. Tradução livre de: “A vedere bene, oggi in tutti gli ordinamenti codificati e non, si sono introdotti regimi speciali di responsabilità in cui la colpa è ignorata, imputandosi la responsabilità al danneggiante per ragioni varie, al fine di tutelare il danneggiato” (ALPA, Guido. *Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel diritto comparato*. In: VACCA, Letizia. *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 315-316).

⁵⁰⁴ “Mas pode-se rebater a Englard e, sobretudo, aos autores que se referem especificamente a esse ponto, que também as regras de responsabilidade objetiva obedecem a um critério ético: de se evitar que a vítima do dano permaneça insatisfeita”. Tradução livre de: “Ma si può ribattere, a Englard, e, soprattutto agli autori di cui puntualmente riferisce il pensiero, che anche le regole di responsabilità oggettiva obbediscano ad una concezione etica: evitare che il danneggiato rimanga insoddisfatto”. (ALPA, Guido. *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*. In: *Responsabilità civile e previdenza*: Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, vol. LXI – n. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, gennaio-frebbraio/1996, p. 8).

⁵⁰⁵ Cf.: GABURRI, Fernando. *Da insuficiência da noção de culpa e de risco*: da necessidade de um sistema geral objetivo de imputação de responsabilidade civil extracontratual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Ed. Magister, 2007, pp. 91-92.

⁵⁰⁶ “A responsabilidade objetiva, exatamente porque baseada em um critério de imputação de responsabilidade diverso da culpa, historicamente procurou assegurar um ressarcimento mais adequado às situações e interesses nos quais o ressarcimento não estava propriamente determinado ou era subordinado à prova, com frequência de difícil produção, relativamente à existência de uma culpa”. Tradução livre de: “La responsabilità oggettiva, proprio perché basata su un criterio di imputazione della responsabilità diverso dalla colpa, ha storicamente aspirato ad assicurare un risarcimento migliore in situazioni e ad interessi nei quali il risarcimento non veniva proprio concesso o era subordinato alla spesso difficile prova relativa all’esistenza di una colpa” (PONZANELLI, Giulio. *Regole di responsabilità oggettiva e rimedi disponibili a favore del soggetto danneggiato*. In: *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. A cura di Letizia Vacca, Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 322).

⁵⁰⁷ “Rigorosamente, a responsabilidade objetiva tende a se bastar com o simples nexo de causalidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo” (CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3ª edição. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 32).

⁵⁰⁸ “É, portanto, raro que se qualifique, em termos de responsabilidade objetiva, uma responsabilidade que admite a típica prova liberatória da falta de culpa”. Tradução livre de: “È poi singolare che si qualifichi in termini di responsabilità oggettiva una responsabilità che consente la tipica prova liberatoria della mancanza di colpa” (BIANCA, Cesare M. *La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell’illecito*. In: *Roma e America. Diritto romano comune* – Revista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997. p. 204).

generalização da responsabilidade objetiva pode levar a injustiças⁵⁰⁹. Lembre-se que a inclusão da culpa dentre os requisitos para a caracterização da responsabilidade e o conseqüente surgimento da responsabilidade subjetiva foram resultado da evolução do pensamento jurídico, pois o período mais antigo do direito romano era marcado pela responsabilidade objetiva, fonte de grande insegurança para as pessoas. Assim, a apuração da culpa nas questões de responsabilidade civil fez parte do processo de evolução da sociedade.

Portanto, a culpa não desaparece por completo como um dos critérios para a caracterização da responsabilidade civil e a responsabilidade civil objetiva convive com a responsabilidade civil subjetiva, mas não se sobrepõe a ela⁵¹⁰⁻⁵¹¹. Enquanto a responsabilidade civil subjetiva é definida pelo artigo 927 do Código Civil, a responsabilidade civil objetiva é tratada pelo parágrafo único desse mesmo artigo, que também prevê a responsabilidade fundada no risco.

Nesse momento, é importante chamar atenção para o fato de que a culpa não se confunde com o nexo causal, pois enquanto este é o vínculo entre o ato praticado e o dano gerado, aquela é uma espécie de motivação interna do ato⁵¹². Da mesma forma, a culpa não pode ser confundida com o risco⁵¹³, pois apesar de ambos os conceitos estarem vinculados à prática do ato, o risco é um elemento externo, ínsito à própria atividade desenvolvida, enquanto que a culpa é um elemento interno, que depende do modo de agir da pessoa.

⁵⁰⁹ GORASSINI, Attilio. *Qualche riflessione sulla responsabilità del produttore funzionale all'analisi sistemica dei modelli di responsabilità civile nelle società post-moderne*. In: Roma e America. *Diritto romano comune* – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997, pp. 238-239.

⁵¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Díaz (coord.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Ed. Magister, 2007, p. 162.

⁵¹¹ “É igualmente importante observar que a evolução da responsabilidade no direito francês, a partir de Jossérad (*De la responsabilité des choses inanimées*. In *Cours de droit civil positif français*. Vol. 2, n. 486. Paris, 1987) e Gaston Morin (*La révolte du droit contre le code*, p. 62) levou os professores brasileiros à doutrina da responsabilidade objetiva que tem entre nós defensores importantes (Alvino Lima; José de Aguiar Dias; Wilson Melo da Silva e os diversos projetos de um novo Código Civil). Hoje, dessa matéria procuramos também soluções do direito francês para os problemas dos direitos dos consumidores, apesar da existência de um Código de Defesa do Consumidor muito atual” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Influência do direito francês no direito brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito USP*, vol. 89. São Paulo, 1991, p. 193).

⁵¹² “Tecnicamente, portanto, nexo causal e culpa **não se** confundem. O primeiro é um elemento objetivo, que diz respeito aos fatos e a todos os fatores externos do dano. A culpa é interna, relativa ao sujeito e à sua conduta. à culpa é ligada a noção de imputabilidade” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, verão de 2008, p.37).

⁵¹³ “As duas categorias de culpa e do risco, uma vez que não se situam no mesmo nível, não são exclusivas” (FOUCAULT, François E. *A norma e o direito*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Comunicação e Linguagens, p. 172).

Entretanto, apesar de os conceitos não se confundirem, os casos de responsabilidade pelo risco são hipóteses de responsabilidade civil objetiva, pois a presença de risco no ato praticado elimina a necessidade de apuração da culpa⁵¹⁴. Apoiado em Caio Mário da Silva Pereira, Alvino Lima reconhece que a teoria do risco torna as pessoas jurídicas objetivamente responsáveis pelos danos causados⁵¹⁵. Em muitos casos, a culpa tem sido eliminada para dar lugar à responsabilidade fundada apenas no risco⁵¹⁶⁻⁵¹⁷.

Ressalve-se que a responsabilidade pelo risco segue diversas teorias diferentes. Podem ser identificadas três principais teorias que consideram a definição de risco mais ou menos abrangente⁵¹⁸. A primeira delas sustenta que existe risco em qualquer atividade organizada, havendo responsabilidade do empresário ou administradores pelos atos gerados a terceiros⁵¹⁹. A segunda teoria do risco decorreria da falha de prestação de uma atividade que requeira um cuidado adicional e tal cautela não tenha sido devidamente

⁵¹⁴ “A responsabilidade objetiva, embasada na teoria do risco, advoga exatamente nesse sentido, quer dizer, que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um *nexo de causalidade*, independentemente da culpa” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Ed. Magister, 2007, p. 163).

⁵¹⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 105.

⁵¹⁶ “A diferença de valores sociais existente em uma sociedade industrial, em comparação aos de uma sociedade agrícola, não é, obviamente, estranha à evolução jurisprudencial de nenhum país (especialmente na França), em termos de culpa ‘in eligendo e in vigilando’; de responsabilidade por danos decorrentes de máquinas (como no caso de automóveis) que, em alguns casos, deu origem à substituição da idéia de culpa pela de risco”. Tradução livre de: “La diversa valutazione sociale di una società industriale in contrapposto a una società agricola non è ovviamente estranea all’evoluzione giurisprudenziale propria in tutti i paesi (e particolarmente nitida forse Francia) in tema di *culpa in eligendo e in vigilando*, di responsabilità per danni decorrenti da macchine (come nel caso degli automobili) e che in alcuni casi a messo capo alla sostituzione dell’idea di colpa con quella di rischio” (ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milão; Giuffrè, 1952, p. 72).

⁵¹⁷ Atualmente, discute-se também a responsabilidade originada do risco do desenvolvimento, que decorre da falha de um produto que não poderia ser detectada pelo fornecedor no momento de sua produção em razão da falta de conhecimentos científicos ou técnicos suficientes. Cf.: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. *Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo de Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, pp. 27-43.

⁵¹⁸ “São três os riscos que fundamentam a responsabilidade objetiva, todos relacionados com determinadas atividades: o risco da empresa, o risco administrativo e o risco-perigo. Esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se: que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo” (NORONHA, Fernando. *Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 761, ano 88. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, março de 1999 p. 37).

⁵¹⁹ “Responsabilidade a quem organiza, dirige e controla uma atividade, uma seqüência coordenada de atos funcionalizados ao alcance de um escopo, de que tenham decorrido danos a terceiros” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68).

empregada⁵²⁰. E a terceira teoria considera que o risco é apenas aquele decorrente de uma atividade perigosa, uma atividade potencialmente danosa⁵²¹.

No caso das práticas de cartel, independentemente do risco, cuja teoria mais abrangente (risco da atividade) poderia eliminar a necessidade da análise da culpa, o artigo 16 c/c o artigo 20, da Lei nº 8.884/94 determina que a responsabilidade civil pelos atos praticados é objetiva. A interpretação dessas normas demonstra que todos os atos que produzam ou possam produzir os efeitos anti-concorrenciais previstos pela lei configuram uma infração à ordem econômica, independentemente da apuração da culpa da empresa, seus dirigentes ou administradores. Os julgados do CADE ratificam o texto da lei e confirmam essa posição⁵²².

Assim, com base no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que autoriza a aplicação da responsabilidade civil objetiva nos casos previstos em lei, os cartelistas são obrigados a reparar o dano, independentemente de culpa. Nesse sentido, para que exista responsabilidade do agente que participou do cartel basta que sejam identificados o ato, o dano e o nexo causal entre os dois primeiros elementos.

Portanto, a análise da culpa é dispensada no caso da responsabilidade civil decorrente de cartel, visto que em qualquer das hipóteses essa prática resultará em responsabilidade civil objetiva de seus agentes. Poderia ser cogitada a análise da culpa coletiva⁵²³ para a eventual responsabilização de todos os cartelistas, em conjunto, pelos atos praticados. Contudo, tal exame também é desnecessário pelo fato de o cartel ser em sua essência uma infração praticada em conjunto, sendo impossível haver um acordo de

⁵²⁰ “O risco criado por uma atividade, assim entendida perigosa, a qual, porém, deve ser prestada com segurança, cuja falta, por defeito de concepção ou comercialização, provocando o dano, enseja uma responsabilidade sem culpa” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76)

⁵²¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 76-78.

⁵²² “Para tanto, é mister que nos autos se faça provar a existência de uma ação ou omissão praticada por um agente econômico, com nexo causal entre a ação e o resultado lesivo. Cuida-se, portanto, da responsabilidade objetiva do agente que praticou uma conduta anticoncorrencial. É de natureza objetiva a responsabilidade em questão, porque não se perquire da existência de culpa do agente, ou seja, a caracterização da infração da ordem econômica prescinde de qualquer análise ou de qualquer prova de ordem subjetiva.” (Voto do Conselheiro Ruy SantaCruz, relator do PA 08000.015337/1997-48, julgado em 27.10.1999, p. 3)

⁵²³ “A culpa coletiva consiste, pois, em ter participado da atividade comum, criando aquela situação de impossibilidade de prova da autoria do dano; a simples atividade material de cada componente do grupo configura a existência da culpa, sem indagarmos das condições subjetivas da conduta de cada componente do grupo, comparando a sua ação à do *bonus pater familias*” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª edição. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 102).

um só agente. Ademais, o artigo 942 do Código Civil⁵²⁴ impõe a solidariedade passiva dos infratores para os ilícitos praticados por mais de um autor.

6.5 – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Os elementos excludentes de responsabilidade incidem sobre as hipóteses em que existem os quatro elementos formadores da responsabilidade – ou três, no caso da responsabilidade objetiva –, mas a lei determina que a situação em que ocorreu o dano impede que alguém se torne individualmente responsável pelos prejuízos.

As excludentes de responsabilidade são o caso fortuito ou a força maior e a culpa exclusiva da vítima⁵²⁵. Ambos os casos levam em consideração o nexo causal entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima, que é rompido por qualquer um deles. Com relação às situações de caso fortuito e força maior, o fato ou ato ocorrido não pode ser atribuído ao agente. Apesar de nem sempre serem diferenciadas, as definições de força maior e de caso fortuito são diferentes. Os eventos de força maior são aqueles decorrentes das forças da natureza ou outras forças externas que fogem ao controle da ação humana, enquanto que os eventos de caso fortuito são aqueles fatos que apesar de não fugirem ao domínio humano são considerados imprevisíveis e inevitáveis⁵²⁶⁻⁵²⁷.

Os casos de culpa exclusiva da vítima também impedem a formação da responsabilidade civil, pois inexistente qualquer nexo causal entre o dano e o agente que foi envolvido no ato que resultou na lesão à vítima⁵²⁸.

⁵²⁴ Código Civil Brasileiro, artigo 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 co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁵²⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 4. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

⁵²⁶ BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 52-53.

⁵²⁷ “A força maior seria o fato absolutamente insuperável, resultante de uma força externa, como uma tempestade, um raio, um terremoto, uma guerra, um ato de autoridade. Já o caso fortuito seria, simplesmente, um obstáculo interno, proveniente de condições comuns à exploração de devedor, de vício de material, de culpa de um empregado, fatos apenas parcialmente insuperáveis, de sorte que alguém mais hábil, mais competente, melhor aparelhado é capaz de sair-se bem, ainda que com dificuldade.”. Tradução livre de: “La force majeure serait l'événement absolument insurmontable, résultant d'une force étrangère, comme la tempête, la foudre, un tremblement de terre, une guerre, un acte de l'autorité. Le cas fortuit serait simplement l'obstacle interne provenant des conditions mêmes d'exploitation du débiteur, vice de matériel, faute d'un employé, et qui n'est que relativement insurmontable, de sorte que'une personne plus habile, plus compétente, mieux outillée pourrant, quoique avec difficulté, en avoir raison” (LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2ª edição. Paris: Dalloz, 1976, p. 206).

⁵²⁸ “O evento danoso pode derivar de culpa exclusiva ou concorrente da vítima; no primeiro caso desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima; no segundo, sua responsabilidade se atenua, pois o evento danoso deflui tanto de sua culpa, quanto da culpa da

O Código Civil atual é expresso quanto à relação entre culpa do agente e valor da indenização, definindo em seu artigo 944 que a fixação da indenização é vinculada à extensão do dano, mas também deve ocorrer, incidentalmente, o aferimento do grau de culpa da vítima nos casos em que houver extrema desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano.

Tal interpretação pode promover injustiças, pois permite que alguns danos não sejam ressarcidos, trazendo prejuízo à vítima, mas outros levem o agente à penúria econômica, tendo em vista o alto valor do bem destruído. Assim, a análise também não pode desconsiderar a situação econômica das partes envolvidas.

Nos casos em que a responsabilidade não é exclusiva da vítima, mas concorrente, deve-se apurar a parte de responsabilidade cabível a cada um, definindo o valor proporcional da indenização, em respeito ao artigo 945 do Código Civil.

A análise sobre as excludentes de responsabilidade pode ser muito mais extensa. Contudo, dado o objeto do presente estudo, não será necessário um aprofundamento do assunto.

A natureza da atividade de cartel impossibilita a aplicação dessas hipóteses, pois se trata de um ato que é praticado voluntariamente pelos agentes e depende de sua participação ativa. Tais práticas não ocorrem ao acaso e não se pode alegar que estariam fora do controle dos participantes do acordo, de modo que não podem ser decorrentes de eventos de caso fortuito ou força maior. Da mesma forma, não é possível haver culpa exclusiva da vítima, posto que os compradores em geral desconhecem a existência do cartel e ignoram o fato de pagarem mais caro pelos produtos ou serviços adquiridos. Assim, a situação é arquitetada e colocada em prática pelos participantes do conluio e a vítima não tem qualquer participação. Mesmo que tome conhecimento do cartel, nada pode fazer no momento da conclusão de seus negócios jurídicos.

Portanto, as excludentes de responsabilidade são incompatíveis com a própria essência do acordo de cartel e não há como qualquer uma dessas hipóteses eximir o participante do cartel da obrigação de reparar os danos gerados.

CAPÍTULO 7 – INDENIZAÇÃO

A indenização não é definida pelo Código Civil, cabendo essa tarefa à doutrina. Para Pontes de Miranda, “quem indeniza torna indene o que foi danificado, o que algum fato atingiu, diminuindo o valor, ou extinguindo-o. Quem danificou há de indenizar”⁵²⁹. No mesmo sentido, Silvio Rodrigues define que “indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”⁵³⁰. Sérgio Cavalieri⁵³¹ e Carlos Roberto Gonçalves⁵³² também apresentam definições similares.

Portanto, a indenização pode ser definida como o ressarcimento do prejuízo que foi gerado ao lesado. Ela deve ser suficiente para ressarcir completamente o prejuízo (dano-prejuízo) resultante da lesão (dano-evento) sofrida pela vítima, mas não pode servir como fonte de enriquecimento indevido⁵³³.

A apuração do valor devido para indenização deve ser feita de acordo com a extensão do dano gerado à vítima, conforme determina o artigo 944 do Código Civil⁵³⁴. Assim, o grau da culpa do infrator não é levado em consideração para a quantificação da indenização⁵³⁵, exceção feita à previsão do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, que deixa uma pequena margem ao juiz para adequar o valor da indenização nos casos de danos que gerem prejuízos muito grandes em razão de uma culpa ínfima.

⁵²⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. XXVI. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2003, p. 49.

⁵³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 4. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

⁵³¹ “Tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato danoso” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26).

⁵³² “Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 5ª edição atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 378).

⁵³³ “O fato danoso não pode jamais ser convertido em fonte de lucro indevido para a vítima nem, correlatamente, em um fator de espoliação para o causador do dano, o que ocorre quando este último se vê compelido a indenizar um dano total ou parcialmente inexistente”. Tradução livre de: “El hecho dañoso no puede convertirse jamás en fuente de lucro indebido para la víctima y, correlativamente, en un factor de expropiación para el dañador, lo que ocurre cuando este último se ve compelido a indemnizar un daño total o parcialmente inexistente”. (PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación* - Danos por notícias inexactas o agravantes. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, p. 272).

⁵³⁴ Código Civil Brasileiro, artigo 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵³⁵ “No campo civil, a responsabilidade é medida pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, podendo mesmo a culpa levíssima gerar obrigação de indenizar (*In lege Aquilia et levissima culpa venit*).” (LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3ª ed. revista, ampliada conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2004, p. 22).

Também podem ser utilizados alguns critérios para auxiliar nessa tarefa. Carlos Alberto Bittar indica que a condição das partes, a gravidade da lesão e as circunstâncias fáticas devem contribuir no momento da quantificação para que a indenização seja estipulada do modo mais compatível possível com a realidade⁵³⁶.

Outro fator que influi na quantificação do valor da indenização é a culpa do lesado, pois se ela inexistir, ele terá direito à plena reparação, mas se ele concorrer para a ocorrência do dano, o ofensor não deverá pagar sozinho a indenização integral.

A fixação da indenização varia muito de acordo com o caso real e dependerá do dano gerado e de todas as circunstâncias que o cercam. Para os casos de prejuízos materiais, a tarefa é mais fácil, pois a reconstituição do *status quo ante* pode se basear em parâmetros concretos. De outro lado, a definição da indenização para casos de prejuízos morais é realmente mais complexa e o bom senso, além de outros poucos eventuais elementos disponíveis, devem ser usados como parâmetros.

Entretanto, deve-se ter em mente sempre que a tarefa do direito civil é reparar o dano gerado à vítima, não fazer justiça social. Guido Alpa, apoiado em Izhak Englard, reconhece que enquanto a justiça corretiva busca a maximização da riqueza e é função do direito privado, a justiça distributiva visa o Estado justo e deve ficar a cargo do direito público⁵³⁷.

A seguir, serão analisadas as diversas funções desempenhadas pela indenização civil.

7.1 – AS TRÊS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO

A despeito do fato de a função reparatória da indenização civil ser a mais importante e algumas vezes considerada a única existente⁵³⁸, também devem ser reconhecidas as funções preventiva e punitiva⁵³⁹⁻⁵⁴⁰.

⁵³⁶ “Há parâmetros, em leis, em decisões jurisprudenciais e em doutrina (...), mas devem eles ser considerados sempre em razão da hipótese sub examine, atentando o julgador para a) as condições das partes, b) a gravidade da lesão e c) as circunstâncias fáticas” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: tendências atuais*. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Vol. 74, ano 19, outubro-dezembro de 1995, p.17).

⁵³⁷ ALPA, Guido. *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*. In: *Responsabilità civile e previdenza: Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, vol. LXI, nº 1. Milão: Dott. A. Giuffrè, Gennaio-Febbraio, 1996, pp. 5-13.

⁵³⁸ “A opinião geral atribui à responsabilidade civil função meramente reparadora: é fim dela a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido lesão” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 49).

Enquanto o direito penal se preocupa com a indenização da sociedade pelas perdas sofridas, sejam elas patrimoniais ou morais (a punição também deve coibir novas violações à lei), o direito civil proporciona diretamente à vítima tal indenização, que pode extravasar a mera recomposição das perdas materiais.

Caio Mário também reconhece a vertente punitiva da indenização civil e explica que não se confundem as punições nas esferas civil e penal⁵⁴¹. Sim, há punição na esfera civil. O próprio Código Civil não deixa dúvidas sobre o caráter punitivo da lei civil⁵⁴². Mais do que isso, especificamente a responsabilidade civil tem um caráter punitivo⁵⁴³.

Para os casos de cartel, o grande problema é fazer com que a multa administrativa cobrada dos infratores cumpra com seu papel dissuasório. Entretanto, essa tarefa é praticamente impossível, pois os critérios legais precisam ser fixos e não conseguem se adaptar a cada caso concreto. De acordo com esses critérios, muitas vezes os cartelistas recebem penas muito baixas se comparadas com os prejuízos gerados ao mercado. Mas nada se pode fazer, pois efetivamente há casos em que o prejuízo gerado é grande, mas as ações do cartel foram ínfimas ou o benefício auferido pelos membros também foi pequeno. Assim, a lei administrativa, para manter a legalidade, acaba por não conseguir desestimular novas infrações.

⁵³⁹ “Mas o simples facto de a obrigação de indenizar se basear, e, regra, na culpa do agente, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que em plano secundário ou indirecto, uma função punitiva e preventiva. Aliás, verifica-se a tendência para tomar em conta, na graduação da responsabilidade meramente civil, a maior ou menor culpabilidade do agente e, como veremos adiante, essa tendência não é estranha ao nosso direito” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972, p. 52).

⁵⁴⁰ “Essa [função reparatória], não é a única função reconhecida à responsabilidade civil. Atualmente reconhece-se que, a par delas, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasória).” (NORONHA, Fernando. *Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 761, ano 88. São Paulo: RT, março de 1999 p. 40).

⁵⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. II. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 380-382.

⁵⁴² Os artigos 652 (apesar de válido, esse dispositivo legal não é eficaz em razão do Pacto de São José da Costa Rica – Decreto nº 678/92), 939, 940 e 1637 do Código Civil Brasileiro são alguns exemplos de que a lei civil também possui caráter punitivo.

⁵⁴³ “A responsabilidade civil como sanção, como técnica de controle do comportamento individual, como peça-chave de segregação do mal e de imputação de uma culpa moral (antes mesmo do que civil), constituiu o ‘humus’ no qual foram desenvolvidas as teorias da responsabilidade civil na Itália, ainda hoje adotadas em contribuições dos estudiosos da matéria”. Tradução livre de: “La responsabilità civile come sanzione, come tecnica di controllo del comportamento individuale, come cardine di segregazione del male e di imputazione di una colpa morale (prima ancora che civile), ha costituito l’*humus* in cui si sono sviluppate le teorie della responsabilità civile in Italia, ancor oggi registrate nei contributi degli studiosi della materia”. (ALPA, Guido. *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*. In: *Responsabilità civile e previdenza. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*. Vol. LXI, nº 1. Milão: Dott. A. Giuffrè, Gennaio-Febbraio/1996, p. 7).

Em geral, a fórmula abaixo tem resultado maior que zero em face das punições aplicadas aos cartéis, mas a finalidade das autoridades antitruste é torná-lo igual ou inferior a zero⁵⁴⁴:

$$E(C) = pM + (1-p)\pi_c$$

Onde:

$E(C)$ é a esperança matemática de ganho associado à prática de cartel;

p é a probabilidade de a autoridade descobrir e punir o cartel; $0 < p < 1$.

M é a punição (na jurisdição brasileira geralmente sob a forma de multa) se o cartel for flagrado pela autoridade; $M < 0$.

π_c é o lucro extraordinário obtido com o cartel.”

Diante de tal cenário, as penas pecuniárias acabam por perder a sua principal função, que é dissuadir os agentes do mercado de novas práticas infrativas, sejam por impedir a reincidência ou por desestimular o surgimento de novos infratores. O problema das multas é que são previsíveis, na medida em que seguem os critérios legais. Sabendo disso, os cartelistas conseguem calcular o risco de operação de um cartel em função da estimativa de multa e da probabilidade de descoberta e condenação⁵⁴⁵. Ao contrário, as penas privativas ou restritivas de liberdade conseguem gerar um efeito muito maior, pois não integram o cálculo do “custo de oportunidade” do cartel.

Nesse sentido, as indenizações civis também podem colaborar muito com a situação. Elas podem auxiliar nessa conta, pois aumentariam o valor de M , previsto na fórmula acima, desequilibrando o resultado contra os cartelistas. Ademais, surgem como uma variável com grau de imprevisibilidade muito maior que o das penas administrativas, pois para estimar as perdas, os cartelistas precisam levar em consideração todos os eventuais pedidos de indenização iniciados pelos lesados e o valor das condenações, que serão definidos caso a caso. Assim, mesmo considerando apenas o caráter reparatório da indenização, sua contribuição para o desestímulo da prática de cartéis é imensa.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 46.

⁵⁴⁵ “Sublinhe-se a maior efetividade de penas prisionais de curta duração do que a de multa, pois esta acaba ‘integrada no cálculo dos potenciais delinquentes, de modo a que os ganhos com o crime excedam os custos da pena ou os efeitos desta se repercutam sobre os operadores econômicos situados a jusante, em definitivo, sobre os consumidores’. Com isso não se põe em causa o papel da multa, mormente o sistema de dias-de-multa, que continuará a ser a regra para as pessoas jurídicas” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 348).

Apesar disso, a sociedade brasileira não está habituada a ingressar com tal tipo de ação⁵⁴⁶, ao contrário do que se observa nos países em que a defesa da concorrência tem maior tradição e a doutrina relacionada aos demais campos do direito envolvidos já está em estágio mais avançado no desenvolvimento. Em especial, pode-se citar o direito norte-americano quanto ao ingresso de ações civis que visam a recomposição das perdas decorrentes de infrações econômicas, em especial as resultantes da prática de cartel.

O instituto do *treble damage* e as *class actions* são referências bastante substanciais no que se refere à efetiva recomposição das perdas civis no âmbito da *common law*, bem como do caráter punitivo que pode exercer uma indenização civil por perdas e danos⁵⁴⁷. Através do *treble damage*, os infratores são obrigados a pagar três vezes o valor do prejuízo sofrido por cada um dos prejudicados⁵⁴⁸, situação essa que funciona como grande desestímulo à prática ilícita. Ademais, as *class actions* facilitam o ingresso no Judiciário e estimulam a cobrança das indenizações pelos prejudicados, pois além de diminuir os custos decorrentes da ação, também potencializam os esforços de coleta de provas e apresentação dos fatos e argumentos jurídicos. Tais condições elevam a fidedignidade das alegações e facilitam o convencimento do julgador.

A tabela abaixo demonstra que o valor pago a título de indenização civil pelas empresas participantes de cartéis nos Estados Unidos é muito superior às multas e se aproximam (ou muitas vezes ultrapassam) o valor necessário para reparar os prejuízos gerados ao mercado.

CARTEL	INDENIZAÇÕES	MULTA (valor aproximado)	SOBREPREÇO (mundial)
Cartel do ácido cítrico	US\$175 milhões	US\$ 105,4 milhões	30,77%

⁵⁴⁶ “Também é sabido que a responsabilidade civil convencional não tem, em muitos casos, o condão de influenciar degradadores potenciais que não se sintam ameaçados por uma possível ação civil, seja porque o sistema substantivo é falho (responsabilidade civil subjetiva e dificuldades de prova do nexo causal e do dano), seja porque não é facilmente implementável (problemas de acesso à justiça)” (BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Revista de direito ambiental. São Paulo, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, p. 20).

⁵⁴⁷ “O verdadeiro propósito dos treble damages reside na intenção de se punirem condutas ilegais passadas e de se desencorajar as futuras condutas”. Tradução livre de: “The very idea of treble damages reveals an intent to punish past, and to deter future, unlawful conduct” (Texas Indus., Inc. v. Radcliff Materials, Inc., 451 U. S. 630 (1981), p. 451 U. S. 639, disponível on-line em: <<http://supreme.justia.com/us/451/630/case.html>>, acessado em 23/01/2009).

⁵⁴⁸ US CODE: Title 15, Chapter 1, § 15 (a) – Clayton Act.

Cartel da Lisina	US\$ 70 milhões	US\$ 81,3 milhões	13,26%
Cartel da borracha	US\$ 268 milhões	US\$ 76,9 milhões	12,5% (apenas nos Estados Unidos)
Sorbates Direct Purchaser Antitrust Litigation	US\$ 96,5 milhões	US\$ 34,3 milhões	20,07%
Cartel das vitaminas	Entre US\$ 4,2 e US\$ 5,6 bilhões	US\$ 915 milhões	Vitamina B12: 40,9% Vitamina E: 36,82% Vitamina B5: 31,13% Vitamina C: 30,75% Vitamina B6: 29,8% Vitamina A: 28,9% Vitamina B2: 22,9% Vitamina B3: 15,67% Vitamina B1: 12,18% Vitamina D: 12,08%
Auction Houses Antitrust Litig. and Kruman v. Christie's International PLC	US\$ 552 milhões	US\$ 31,1 milhões.	-
Cartel dos explosivos comerciais	US\$ 113 milhões	US\$ 11,8 milhões	4% (apenas nos Estados Unidos)
Polyester staple (EUA e CA)	US\$ 47,16 milhões	US\$ 24,4 milhões	-
Diamonds, Industrial, US	US\$ 5,78 milhões	US\$ 3,2 milhões	3%
<p>Fontes: LANDE, Robert H. and DAVIS, Josh Paul. <i>Benefits from antitrust private antitrust enforcement: Forty individual case studies</i>. (Março, 2008). Disponível on-line em SSRN: http://ssrn.com/abstract=1105523. CONNOR, John e HELMERS, Gustav. <i>Statistics on modern private international cartels, 1990 – 2005</i>. AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE, <i>Working paper No. 07-01</i>. Disponível on-line em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload.</p>			

No Brasil, os dados ainda são insuficientes para se chegar a qualquer conclusão. Até o momento existem poucas condenações civis para reparação de perdas e danos resultantes de infrações à ordem econômica. Isso se dá parte em razão da ainda pequena

quantidade de condenações de cartéis pelo CADE⁵⁴⁹ e parte pela pequena relevância da maioria dos cartéis condenados⁵⁵⁰, bem como outros fatores que influenciam, como a morosidade do Judiciário brasileiro⁵⁵¹. Todos eles desestimulam a população a ingressar com suas demandas.

Dentre os principais cartéis condenados, temos o cartel das vitaminas (PA nº 08012.004599/1999-18), o cartel das britas (PA nº 08012.002127/2002-14) e o cartel dos vigilantes (PA nº 08012.001826/2003-10). O primeiro deles teve a decisão final do CADE proferida em abril de 2007, o segundo em outubro de 2006 e o último em outubro de 2007, sendo que a decisão dos últimos dois está sendo questionada judicialmente.

Tais condenações poderiam dar ensejo a diversas ações de reparação civil, em vista da abrangência dos prejuízos gerados pela conduta dos cartelistas, em especial no caso do cartel das vitaminas, que além de as empresas não terem questionado a decisão proferida pelo CADE⁵⁵²⁻⁵⁵³, toda a população brasileira foi afetada, direta ou indiretamente.

⁵⁴⁹ Consta nos registro do CADE que até outubro de 2008 haviam sido condenados 22 cartéis. A pequena quantidade de condenações se deve muito ao fato da SDE, órgão de defesa da concorrência responsável pelas investigações, ter deixado de investigar muitas das denúncias formuladas até o final da década de 1990 ou não ter promovido uma instrução consistente do processo, que possibilitasse a formulação de um conjunto probatório vigoroso para possibilitar a condenação pelo CADE. A partir de 2003, aproximadamente, a SDE alterou sua estrutura interna em razão do novo foco do SBDC para dedicar-se quase que exclusivamente ao combate dos cartéis, seguindo tendência das agências antitruste mundiais, e empenhou todos os seus recursos nesse objetivo. A sua eficiência foi também aumentada em razão de algumas alterações legislativas e dos diversos convênios firmados com os demais órgãos governamentais de caráter investigativo, tais como a Polícia Federal, Ministério Público Federal e Ministérios Públicos Estaduais.

⁵⁵⁰ Dentre os 22 cartéis condenados pelo CADE até outubro de 2008, poucos afetaram de modo relevante e generalizado a população – e.g. Cartel das vitaminas (Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18), cartel das britas (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14) e cartel dos vigilantes (Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10) – sendo que os demais se concentraram nos setores de serviços médicos (tabelamento de preços), venda de gás e postos de gasolina, e tiveram âmbito de atuação restrito a uma determinada região ou grupo de pessoas.

⁵⁵¹ Apesar dos esforços atualmente realizados pelo Poder Judiciário após a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os dados disponíveis e a percepção da população demonstram que a prestação do serviço jurisdicional não atende às necessidades da sociedade. Os números do Relatório Anual de 2008 do CNJ demonstram que a taxa de congestionamento da Justiça Estadual de todos os estados é de 74% em média, chegando a 80,5% no primeiro grau, enquanto que na Justiça Federal a taxa de congestionamento em primeiro grau é de 78% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual 2008*, pp. 177-182, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2008.pdf>. Acessado em 02/02/2010).

⁵⁵² *Cade tem 82% das condenações contestadas na Justiça*, publicado em 20 de ago. de 2009. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/interna/0,,OI3903551-EI8177,00.html>>. Acessado em 21/02/2010.

⁵⁵³ Como se sabe, não é necessário aguardar pelo trânsito em julgado da decisão proferida pelo CADE ou mesmo que tenha sido proferida alguma decisão para que seja iniciada ação civil perante o Judiciário. Contudo, o alto grau de especificidade dos temas envolvidos na prática de cartel, a grande dificuldade encontrada na comprovação das atividades das empresas infratoras e, mais ainda, a complexidade da apuração dos prejuízos gerados por essas condutas fazem com que dificilmente o Judiciário se prontifique a se pronunciar sobre tais questões antes de uma definição por parte do órgão administrativo antitruste.

Nesse sentido, o Ministério Público e os PROCONs iniciaram recentemente um movimento no sentido de organizar e promover o ingresso de ações no Judiciário com pedido de indenização contra as empresas já condenadas pela prática de cartel pelo CADE, mas os resultados práticos ainda não podem ser avaliados. Tal movimento merece ser congratulado, pois é uma iniciativa de grande relevância para assegurar os direitos da população e intimidar novas práticas anti-econômicas. Entretanto, sabe-se que serão muitas as dificuldades a serem enfrentadas por essa ação pioneira, iniciando pela escolha da ação mais adequada ao pedido que será feito e em conformidade com os seus legitimados ativos e chegando até o momento da quantificação do prejuízo gerado e sua devida cobrança.

As ações de cobrança devem ser iniciadas pelos legitimados de acordo com a ação cabível e o prejuízo sofrido. No caso dos prejuízos que podem ser individualizados, cada uma das vítimas poderá iniciar ação individual de cobrança, nos termos do Código de Processo Civil. No caso de haver relação de consumo, poderá ser proposta ação coletiva para cobrar o pagamento dos danos individuais homogêneos, conforme autoriza o artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, essas ações somente poderão cobrar os prejuízos resultantes do sobrepreço e parte daquele decorrente da restrição ao desenvolvimento natural do mercado, no que puderem ser individualizados.

Tais ações não podem ser usadas para a cobrança dos danos difusos, que afetam os bens pertencentes a toda a sociedade. Para esse caso, a melhor via de cobrança é por meio da Ação Civil Pública, que também não poderá ser proposta pelos particulares e deverá ser iniciada pelo Ministério Público ou demais legitimados pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/85 para que todos os prejuízos resultantes da diminuição geral do bem-estar social e aqueles que decorrem da restrição ao desenvolvimento natural do mercado e não podem ser individualizados.

Assim, devem ser separados os danos-prejuízo. Para o caso dos danos materiais, em que houve o efetivo aumento do preço ou a manutenção de um preço que deveria ser reduzido, podem ser comprovadas perdas financeiras decorrentes do desinvestimento gerado pelas atividades do cartel e esses valores devem ser apurados e sua reparação deve ser cobrada dos cartelistas.

No caso dos danos morais, como nos casos da diminuição da diferenciação de produto ou qualidade, a indenização deve ser fixada por arbitramento⁵⁵⁴, em um valor

⁵⁵⁴ “Não havendo elementos suficientes no processo de conhecimento que oferecem suporte cabal ao julgador para fixação de indenização pelo dano extrapatrimonial, deverá então, e somente diante desta realidade, determinar que se processe a apuração em forma de liquidação, sempre por arbitramento” (FIGUEIRA

razoável que seja suficiente para compensar as perdas decorrentes do desinvestimento realizado pelos infratores.

Em ambos os casos, os prejudicados ou legitimados para realizar tal cobrança poderão requerer a indenização cabível de qualquer um dos participantes do ato ilícito, visto que há responsabilidade solidária entre eles, nos termos do artigo 275 do Código Civil⁵⁵⁵. Após o pagamento, poderão os cartelistas exercer seu direito de regresso contra os demais infratores para exigir o pagamento do valor devido respectivamente por cada um⁵⁵⁶.

Nesse contexto, a tarefa de convencimento do juiz é uma parte importante do procedimento de quantificação da indenização. Ainda não há como ter certeza da reação do Judiciário aos pedidos de indenização decorrentes de cartéis, mas acredita-se que não haverá muita dificuldade ou ineditismo quanto ao reconhecimento da existência (ou inexistência) do conluio – a decisão será baseada nas provas existentes e seguirá os mesmos procedimentos de qualquer outra decisão de mérito rotineiramente julgada pelos magistrados –, principalmente nos casos em que existir condenação prévia do CADE. Entretanto, no que concerne à definição do valor da indenização, tudo será mais complexo.

Além da dificuldade ínsita ao processo de quantificação dos prejuízos gerados pelo cartel, presume-se que haverá alguma resistência dos magistrados à forma de sua apuração. Ao contrário dos processos convencionais, nos quais a liquidação da sentença parte de valores reais que servem como base para o cálculo do valor da condenação, a quantificação dos prejuízos gerados por infrações à ordem econômica, em especial os cartéis, partem de um valor obtido através de estimativas baseadas em teorias econômicas. Nesse sentido, acredita-se que, antes mesmo da fase de apuração dos valores, as partes terão que convencer o juiz que os estudos econômicos são formas legítimas e as mais adequadas para quantificar os prejuízos nesses casos.

Até o momento apenas uma decisão pode ser destacada como relevante nesse tema. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou a Apelação Cível nº 70018714857, referente a uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do

JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeatur* – a problemática questão do arbitramento. **In:** Direito do consumidor. Vol. 15. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, julho-setembro de 1995, p. 177).

⁵⁵⁵ Código Civil Brasileiro, artigo 275: O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

⁵⁵⁶ Nos termos da norma contida no artigo 283 do Código Civil Brasileiro: O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

mesmo estado⁵⁵⁷ e condenou os cartelistas, reconhecendo cada um dos danos gerados, que pertenciam às categorias de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ademais, quantificou com exatidão o valor devido a cada uma das vítimas. Também foi identificada a existência de prejuízo moral à sociedade, ao reconhecer que há uma “dimensão extrapatrimonial dos interesses e direitos coletivos”⁵⁵⁸.

A proliferação de tais ações certamente auxiliará na criação de critérios para a quantificação da indenização e aumentará muito o efeito dissuasório das decisões do CADE.

7.2.1 – Função reparatória ou compensatória

Conforme já antecipado, a reparação ou compensação do dano decorrente de cartel é feita através da correta quantificação da indenização. Essa é a sua função mais importante e reconhecida sem qualquer dificuldade.

A reparação é o termo correto para os prejuízos materiais, pois é possível reconstruir ou substituir o bem lesado⁵⁵⁹. No caso da reposição do bem que havia sido destruído ou danificado, a indenização será feita em espécie ou *in natura*. Caso seja feita uma substituição desse bem, a reparação material será feita pelo valor equivalente⁵⁶⁰⁻⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Disponível em: www.tjrs.jus.br.

⁵⁵⁸ Voto do relator, Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, p. 76.

⁵⁵⁹ “Reparar importa em restabelecer, na medida do possível, o equilíbrio preexistente, alterado pelo dano; há uma defasagem que deve ser corrigida e em direção a esse objetivo se orienta a reparação, que surge como uma consequência lógica e natural do prejuízo injustamente sofrido”. Tradução livre de: “Reparar importa restablecer, en la medida de lo posible, el equilibrio preexistente alterado por el daño; hay un desfase que debe ser corregido y hacia ese objetivo se orienta la reparación, que aparece como una consecuencia lógica y natural del perjuicio injustamente sufrido” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación - Danos por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, p. 295).

⁵⁶⁰ “O direito prático conhece dois caminhos para atingir o resultado da reparação do dano: o da reparação natural (ou específica) e o da indemnização pecuniária. A legitimidade teórica desta última, tratando-se de danos patrimoniais, pode deduzir-se assim: O dano patrimonial implica uma diminuição do patrimônio e este é, no fundo, um conceito aritmético. Logo, o dano (interêsse) deve ser avaliado em dinheiro por meio dum cálculo diferencial, e, além disso, em dinheiro deve ser operada a sua reparação” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva & C.^a, 1938, p. 139).

⁵⁶¹ “Há dois grandes sistemas para a reparação do dano: em espécie (também denominado de ‘in natura’) e por equivalência. Ambos estão previstos, ainda que com alguma imperfeição, no nosso artigo 1083 do Código Civil [argentino]. A reparação em espécie consiste na reposição das coisas ao estado anterior ao que se achavam antes de se produzir o efeito danoso, o que pressupõe a existência de possibilidades materiais e jurídicas para tanto. A outra forma de reparação, ao contrário, se traduz na entrega à vítima de um equivalente, em geral em dinheiro, capaz de ressarcir os valores depreciados”. Tradução livre de: “Existen dos grandes sistemas para la reparación del daño: en especie (también denominado *in natura*) y por equivalente. Ambos aparecen contemplados, aunque con alguna imperfección, en nuestro art. 1083 del Cód. Civil. La reparación en especie consiste en reponer las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de

Para os prejuízos morais, cabe o termo compensação, pois é impossível restabelecer a situação anterior. Uma vez sofrido o prejuízo moral, ele não pode mais ser revertido, mas apenas poderá ser compensado⁵⁶². Da mesma forma, a compensação pode ser feita em espécie ou *in natura* ou por um valor pecuniário⁵⁶³, apesar de o resultado obtido ser diferente.

7.2.2 – Função preventiva

A função preventiva da indenização civil também deve ser considerada para o cálculo da indenização. Ao contrário do que se pensava anteriormente, a indenização civil extrapola os limites da mera reparação ou compensação e também precisa cumprir com seu papel de desestímulo ao ilícito.

producirse el menoscabo, lo que presupone que existan posibilidades materiales y jurídicas de hacerlo. La otra forma de reparación, en cambio, se traduce en la entrega a la víctima de un equivalente, por lo general pecuniario, que tiene entidad para restaurar los valores afectados” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación - Danos por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, pp. 296-297).

⁵⁶² “O ressarcimento do dano moral decorre do princípio básico de responsabilidade civil, de que a indenização deve ser a mais ampla possível, abrangendo sempre a qualquer prejuízo; a dificuldade de aferição, em quase todos os casos, da extensão da dor moral e impossibilidade de sua exclusão, não pode servir de base para a negativa da reparação, já que esta representa apenas uma equivalência que, apesar de incompleta, atenua os efeitos danosos; sendo fundamento da indenização da dor moral a necessidade de reparação, o deferimento de indenização de dano patrimonial não abrange, evidentemente, o dano moral, já que embora proveniente, da mesma causa, o ato culposos, são efeitos nitidamente distintos” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeatur - a problemática questão do arbitramento*. In: *Direito do consumidor*. Vol. 15. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, julho-setembro de 1995, p. 173).

⁵⁶³ “Cabe ressaltar que a entrega de uma soma em dinheiro (indenização) não atende à mesma função nos casos de reparação do dano patrimonial e do dano moral. Tratando-se do primeiro, assume um papel de equivalência que permite, com maior ou menor exatidão, conforme o caso, restabelecer o equilíbrio patrimonial alterado pelo fato danoso. O dano, nesse sentido, se determina de forma líquida e o ressarcimento se dá por meio da utilização de parâmetros objetivos, cumprindo o dinheiro uma função de equivalência ou de correção. Por outro lado, em matéria de dano moral, a situação é diferente, pois o dinheiro assume um papel diverso, de viés claramente satisfativo para a vítima. Não se trata de se alcançar uma equivalência mais ou menos exata, própria das questões de índole patrimonial, mas de se conferir uma satisfação ou uma compensação à vítima do dano, imperfeita, por certo, pois que não ‘apaga’ o prejuízo, nem o faz desaparecer do mundo dos fatos reais, mas que, no fundo, não deixa de representar uma satisfação”. Tradução livre de: “Cabe señalar que la entrega de una suma de dinero (indemnización) no cumple la misma función en los casos de reparación del daño *patrimonial* y *moral*. Tratándose del primero, asume un rol de *equivalencia*, que permite con mayor o menor exactitud, según los casos, restablecer el equilibrio patrimonial alterado por hecho dañoso. El daño, en tal supuesto, se determina, líquida y resarce sobre parámetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección. En cambio, en materia de *daño moral*, la situación es diferente pues el dinero cumple un papel distinto, de corte netamente *satisfactivo* para la víctima. No se trata de alcanzar una equivalencia más o menos exacta, propia de las cuestiones de índole patrimonial sino de brindar una satisfacción o compensación al damnificado; imperfecta, por cierto, pues no ‘borra’ el perjuicio ni lo hace desaparecer del mundo de los hechos reales, pero satisfacción al fin” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación - Danos por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, p. 297).

Nas palavras de Antonio Benjamin: “A doutrina, unanimemente, aponta a prevenção como objetivo prioritário à reparação, uma conquista da contemporânea teoria da responsabilidade civil, pois já não basta reparar, mas fazer cessar a causa do mal”.⁵⁶⁴

Portanto, não se pode mais admitir que o direito civil seja visto como um meio de garantir os direitos individuais isoladamente e de modo pontual. O mundo moderno exige que os efeitos das ações se prolonguem no tempo e, portanto, a mera reparação que não evite novas infrações à lei não pode ser considerada uma indenização completa.

A prevenção atua não apenas perante o infrator, evitando a reincidência, mas principalmente perante terceiros. Os critérios de indenização devem assegurar que todos aqueles que tenham conhecimento do caso se sintam constrangidos a praticarem o ato ilícito sobre o qual a indenização incide⁵⁶⁵. Tal constrangimento não resulta apenas do fato de saber que deverá indenizar eventuais danos que causar a alguém, mas também do valor dessa indenização, que precisa ressarcir completamente a vítima.

Não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência já demonstra que essa orientação está sendo seguida e que as indenizações aplicadas tendem cada vez mais a exercer sua função preventiva, de sinalizar à sociedade que aquela infração à lei deve ser evitada ao máximo e que não basta apenas pagar o prejuízo causado e voltar a lesar os bens jurídicos de terceiros⁵⁶⁶.

7.2.3 – Função punitiva

Por fim, resta tratar da função punitiva da indenização. A polêmica que gira em torno dessa função da indenização civil requer uma análise mais detida sobre o assunto.

A sanção aos cartéis é prevista simultaneamente pelos ramos do direito administrativo, penal e civil. A Lei nº 8.884/94 condena essa prática no âmbito administrativo, conforme explorado na parte I deste estudo, impondo o pagamento de

⁵⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Revista de direito ambiental. São Paulo, ano 3, nº 9, jan./mar. 1998, p. 15.

⁵⁶⁵ “A responsabilidade civil também visa a dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem.” (NORONHA, Fernando *Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil*. In: Revista dos Tribunais, vol. 761, ano 88. São Paulo: RT, março de 1999 p. 41).

⁵⁶⁶ “Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é da fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa fazer conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então deve afastar-se da vereda indevida por ela assumida” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: tendências atuais*. In: Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial. Vol. 74, ano 19, outubro-dezembro de 1995, p.15).

multa pelos agentes infratores ou seus administradores (no caso de pessoas jurídicas) e as demais penas previstas pelo artigo 24 dessa lei⁵⁶⁷.

Na esfera penal, a punição é prevista pelo artigo 4º da Lei nº 8.137/90⁵⁶⁸, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. A pena imposta nesse caso é a reclusão de 2 a 5 anos ou multa.

Quanto ao direito civil, que tem maior relevância para esse estudo, não é fixada uma punição específica para os casos de cartel; sendo tal prática um ato ilícito, são aplicadas as normas que concernem à responsabilidade civil⁵⁶⁹.

Identificadas as normas jurídicas aplicáveis, cabe analisar os aspectos controversos relacionados à sua aplicação. As dúvidas que naturalmente surgem quando se trata de múltiplas sanções para um mesmo ato se referem à finalidade dessas sanções e se todas podem ser aplicadas sem que fique caracterizado o *bis in idem*.

Quanto à natureza e finalidade das punições, há pouca diferenciação entre cada uma das sanções previstas para os cartéis. Quanto à indenização civil, ela precisa atender aos critérios reparatório (ou compensatório), educativo (ou preventivo) e punitivo⁵⁷⁰.

Com relação às sanções administrativas e penais, elas devem igualmente cumprir com as funções punitiva e de desestímulo à prática ilegal. Tais punições abrangem apenas os critérios punitivo e repressivo, sem proporcionar o adequado ressarcimento à vítima⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Lei nº 8.884/94, artigo 24: Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I – a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

⁵⁶⁸ Define que é crime contra a ordem econômica a formação de acordo sob qualquer forma para a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; o controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ou o controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores (artigo 4º, II).

⁵⁶⁹ Código Civil Brasileiro, artigos 186 e 927 e ss., e Lei nº 8.884/94, artigo 29.

⁵⁷⁰ Sobre a indenização punitiva: LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 415-428.

⁵⁷¹ BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 71-72.

⁵⁷², que só é garantido pela indenização civil; mas entre elas as funções seriam as mesmas, apesar de atenderem a determinações normativas diferentes.

Uma das sanções previstas pela Lei nº 8.884/94 que é frequentemente utilizada é a obrigação imposta ao infrator para que publique na mídia a decisão do CADE que o condenou. Esse tipo de medida é prevista por Ramon Pizarro⁵⁷³ como um dos métodos de reparação, por neutralizar a prática ilegal e os efeitos futuros, mas nesse caso tais resultados não são atingidos. A lei brasileira visa dissuadir a formação de novos cartéis e macular a imagem dos membros do cartel condenado perante os consumidores, adotando os critérios de punição e prevenção. Entretanto, não se pode considerar que existe um critério reparatório, pois a prática ilegal não é neutralizada e os efeitos do cartel podem influenciar o mercado ainda por algum tempo. Ademais, os prejuízos sofridos pelas vítimas do cartel não são revertidos.

Na visão de Luiz Regis Prado,⁵⁷⁴

o delito e a infração administrativa têm um conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificação na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado e na sua necessidade de imposição, como expressão de um juízo desvalorativo ético-social. Entre crime e infração, portanto, existem apenas diferenças quantitativas.

Dependendo da gravidade da infração e sua interferência no convívio social, o legislador edita uma lei administrativa para sancionar o infrator, sendo uma hipótese mais leve, ou uma lei penal para punir o delinquente, para casos mais graves. Miguel Reale Júnior considera que em ambos os casos, o que se estará protegendo é a sociedade⁵⁷⁵.

⁵⁷² Porto Macedo, ex-conselheiro do CADE, também reconhece que a sanção administrativa deve atender não apenas à finalidade punitiva, mas também à indenizatória (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *O caso White Martins e a questão da imposição de multas no direito antitruste brasileiro*. Revista de direito da concorrência. IOB, Edição Especial -Retrospectiva/2003-, p. 37). Entretanto, parece que esse posicionamento não leva em consideração que os parâmetros utilizados para a quantificação da pena, apesar de se referirem à vantagem auferida e à lesão sofrida pela livre concorrência ou consumidores, visam o desestímulo da infração, pois a sanção não pode criar uma situação em que o infrator tenha lucro, mesmo depois de sancionado. Ademais, a inclusão do fator indenizatório na condenação do CADE perverte a ordem jurisdicional, visto ser ele um órgão judicante, que deve manter sua neutralidade e não pode assumir a posição de defender interesses de um determinado grupo, mesmo que este seja formado todos os consumidores brasileiros. A defesa de tais interesses e o pedido das respectivas indenizações devem ser feitas pelos prejudicados nas esferas cabíveis. Vale lembrar que a Lei nº 8.884/94 não tem qualquer previsão sobre a indenização dos prejudicados. Ao contrário, o seu artigo 29 deixa claro que todos os pedidos de indenização, mesmo nos casos de danos individuais homogêneos, devem ser feitos em juízo, esfera competente para o julgamento de tais pedidos.

⁵⁷³ PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación - Danos por notícias inexactas o agravantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, pp. 299-301.

⁵⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 1. 8ª edição. rev. ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 60.

⁵⁷⁵ “Tem razão a teoria que identifica os ilícitos penais e administrativos no que tange à sua substância, pois em ambos há a defesa de bem jurídico fundamental. Assim, pouco importa que a via seja administrativa ou

Assim, tanto a legislação penal quanto a administrativa autorizam o Estado a exercer o seu poder de polícia, que é utilizado para “arbitrar e conciliar o choque entre direitos e liberdades de indivíduos ou grupos de indivíduos”⁵⁷⁶. Aliás, lembre-se que o abuso do poder econômico, tal como as práticas de cartel, também é alvo das manifestações do poder de polícia.⁵⁷⁷

Além disso, mesmo que não houvesse essa confluência de conteúdos, é difícil separar a finalidade preventiva da punitiva. Essas funções caminham juntas e se apresentam em uma relação de causa e consequência. Heraldo Vitta explica que todas as sanções visam desestimular a prática de atos ilícitos, pois a finalidade delas é o efeito sobre as pessoas, não a punição.⁵⁷⁸

Portanto, com relação à finalidade da sanção, não há qualquer impropriedade em serem aplicadas normas administrativas, penais e civis sobre os cartéis⁵⁷⁹. Apesar de todas as funções se entrecruzarem, não é esse o fator determinante para se diferenciar cada espécie de sanção, que se destacam quanto à competência para criação normativa e aplicação da lei e à importância do bem jurídico protegido⁵⁸⁰.

penal, posto que sempre, diante da importância do bem jurídico, estar-se-á protegendo a sociedade, isto é a ‘existência social’ e não apenas o interesse da Administração ou a obediência à mesma” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e o jus puniendi geral*. In PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo – Estudos em homenagem ao prof. José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007, p. 95).

⁵⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13ª edição. São Paulo: RT, 2009, p. 344.

⁵⁷⁷ “Uma das manifestações possíveis do poder de polícia reside na verificação de situações que possam resultar em abuso do poder econômico” (GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 10).

⁵⁷⁸ “Pode-se alegar que a sanção penal teria por escopo punir os infratores, e, assim, seria diferente da finalidade da sanção administrativa, pois esta visaria a desestimular os prováveis infratores. Contudo, esse modo de pensar não tem consistência; toda sanção tem por finalidade desestimular as pessoas a cometerem ilícitos. A punição não é o fim da pena; é o efeito, apenas, do ato impositivo desta, ao sujeito. Toda sanção acarreta a punição do infrator, mas o fim dela não é este, é o de evitar condutas contrárias ao Direito. Isso decorre do regime democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do respeito aos valores fundamentais da sociedade” (VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 119 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª edição rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 835).

⁵⁷⁹ Acerca da distinção entre ilícito penal e ilícito civil, salienta Aguiar Dias que, apesar de ambos estarem fundados na “existência de um fato contrário ao direito, a saber, a violação da norma jurídica”, pode-se dizer que, “intrinsecamente, o ilícito civil afeta precipuamente o interesse da pessoa ou do grupo atingido pelo ato ilícito; o ilícito penal é principalmente um dano de perigo geral mais intenso” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14).

⁵⁸⁰ “O fato de o legislador contemplar para a infração a pena de prisão, por exemplo, é um indicador seguro de que se trata de infração penal. Quando o legislador comina (para a infração) tão-somente a pena de multa, pode tratar-se de contravenção penal, de infração administrativa ou de uma sanção civil. Tudo depende da competência para aplicá-la. Se ela é atribuível aos juizados especiais criminais, é infração penal; se da competência do juízo ou juizados civis, é sanção civil. Quando a atribuição é da autoridade administrativa, é infração administrativa” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 67).

As investigações e punições dos agentes pela infração administrativa de cartel e pelo crime econômico de cartel, por exemplo, são realizadas separadamente, pois a competência é diferente – a Lei nº 8.884/94 determina as hipóteses de punição pela esfera administrativa, mediante decisão proferida pelo CADE, e a Lei nº 8.137/90 define os casos de condenação criminal, materializados através de sentenças do Poder Judiciário – e as penas também diferem.

O *bis in idem* é a incidência de mais de uma sanção sobre uma mesma infração, prática esta que é proibida pelos princípios gerais do direito penal, aplicáveis para qualquer outra hipótese de punição⁵⁸¹. Assim, uma determinada infração só pode ser punida uma vez.

Entretanto, desde o início “convém observar que o mesmo fato, juridicamente, pode gerar pluralidade de ilícitos e de sanções administrativas”⁵⁸². Deve-se distinguir o fato natural, evento ocorrido no mundo real, dos fatos jurídicos, recepcionados pelo Direito. Para Kelsen, sanções são “atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica”.⁵⁸³ Nesse sentido, um evento ocorrido no mundo real pode corresponder a vários fatos jurídicos.

Como “nem todo interesse é tutelado pela lei”⁵⁸⁴, existem fatos que podem ser tipificados como crime, mas ignorados pelo direito administrativo ou civil.

No caso do ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado. O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Todavia, como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer o prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano⁵⁸⁵.

Já no caso dos cartéis, a prática é tida como relevante pelos três ramos do Direito, sendo definida por lei como ilícito civil, infração administrativa e crime.

Nesse sentido, se um mesmo fato lesa interesses distintos e cada um deles é protegido por uma norma diferente, não há problema em se aplicar diversas sanções por

⁵⁸¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 68.

⁵⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142.

⁵⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 121.

⁵⁸⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequências*. 4ª edição atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 250.

⁵⁸⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 4. 20ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

cada uma das órbitas jurídicas afetadas.⁵⁸⁶⁻⁵⁸⁷. Assim, “um mesmo fato pode caracterizar uma infração de natureza penal, administrativa e civil, sem, contudo, caracterizar-se o *bis in idem*”⁵⁸⁸.

Tomando como exemplo um motorista descuidado que ultrapasse o semáforo indicando o sinal vermelho, chega-se a diversas situações que resultam em fatos jurídicos que podem ser enquadrados por uma ou mais esferas jurídicas. Caso ele somente ultrapasse o semáforo com o sinal vermelho, infringirá as leis de trânsito e será sancionado apenas administrativamente.

Entretanto, caso o motorista também atinja um outro automóvel, que seguia no mesmo cruzamento em direção transversal, além da infração administrativa, terá cometido um ilícito civil e será obrigado a indenizar o prejuízo. Por fim, se um dos passageiros do outro veículo for atingido e morrer, o motorista infrator também terá cometido um crime.

Assim, um único evento – ultrapassar o semáforo no sinal vermelho – pode gerar diversos fatos jurídicos. Em outros exemplos,

o sonegador flagrado em sua conduta ilícita é punido administrativamente com multa fiscal e esse mesmo fato pode ensejar a imposição de uma sanção penal. O funcionário público que pratica um ilícito penal pode também ser sancionado administrativamente. Esse mesmo fato pode ainda dar ensejo a uma indenização civil (que será paga pelo Estado em razão de sua responsabilidade objetiva, havendo direito de regresso, quando presentes alguns requisitos como culpa ou dolo do agente público)⁵⁸⁹.

No caso dos cartéis, o que ocorre é que o ato de celebrar o acordo com os demais agentes de mercado visando alterar o funcionamento normal do mercado também pode se desdobrar em três fatos jurídicos distintos. Conforme explicado no capítulo 4, o simples fato de celebrar o acordo já configura o crime de cartel, independentemente de ser possível ou não atingir o objetivo, nos termos do artigo 4º, II da Lei nº 8.137/90.

Caso esse acordo seja celebrado por agentes que detenham poder de mercado suficiente para efetivamente alterar as condições do mercado, também estará configurada a

⁵⁸⁶ “Afirmar que ‘ninguém pode ser castigado duas vezes pelos mesmos fatos’ não é, porém, (muito) exato se o mesmo fato lesa interesses distintos, protegidos por normas também diferentes, pois nesse caso cabe impor uma pluralidade de sanções sem que se infrinja a proibição do *bis in idem*”. (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 68).

⁵⁸⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

⁵⁸⁸ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *A sanção no direito administrativo brasileiro*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 167.

⁵⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 69.

infração administrativa, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94. Contudo, mesmo assim ainda pode não haver ilícito civil.

Entretanto, se o cartel for implementado e começar a produzir efeitos, seja diretamente sobre os consumidores, seja apenas entre os próprios participantes, que alterarão a gestão natural de seus negócios e isso se refletirá no mercado, então também haverá ilícito civil. Nesse caso, portanto, os cartelistas serão sancionados nas três esferas do direito (penal, administrativa e civil), mas por três fatos jurídicos distintos. Não ocorre *bis in idem*.

Portanto, os bens jurídicos atingidos pelas práticas de cartel são diferentes e não há sobreposição entre a indenização civil, a sanção penal ou a punição administrativa.

A lei penal protege a sociedade e os bens coletivos, visando à manutenção da ordem do Estado e proteção dos bens jurídicos que esse ramo do direito considera relevantes. De outro lado, a lei civil visa regular a vida dos particulares e assegurar os direitos individuais e a possibilidade deles serem gozados. Da mesma forma, estabelece em lei quais são os bens e direitos que devem ser protegidos, que podem coincidir ou não com os bens protegidos pelo direito penal ou outros ramos do direito.

Portanto, deve-se distinguir o fato ou ato praticado do interesse violado. Um mesmo ato pode atingir diversos bens jurídicos diferentes. Por exemplo, imagine se alguém que incendia uma pequena floresta particular, dentro de uma área de preservação ambiental. Essa pessoa irá, com o mesmo ato, destruir patrimônio privado e praticar um crime ambiental.

A doutrina reconhece a função punitiva da indenização civil.⁵⁹⁰ Não há problema em o direito civil exercer essa função punitiva no momento da quantificação da indenização, seja para o caso de prejuízos materiais ou morais⁵⁹¹. Por diversas vezes no Código Civil encontram-se casos de punição.⁵⁹²

Portanto, a função punitiva da indenização não está em desacordo com o ordenamento jurídico e não cria qualquer situação de aplicação dúplice da lei, que poderia

⁵⁹⁰ “Sabe-se que o efeito afitivo da medida sancionadora (sanção administrativa), em primeiro lugar, não é um atributo específico ou privativo do Direito Administrativo, direito penal ou direito constitucional. Também o direito privado pode estabelecer medidas ‘afitivas’, vale dizer, sancionadoras, em determinadas matérias” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2000, p. 76).

⁵⁹¹ “A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117).

⁵⁹² Vide nota 542.

resultar no *bis in idem*. Essa função visa dar efetividade à reparação e evitar que novas infrações ocorram em desrespeito às normas civis.

CONCLUSÃO

A atividade dos cartéis nos mercados depende de diversas circunstâncias que decorrem do próprio ambiente econômico ou das decisões tomadas pelos agentes que dele participam. A dinâmica desses fatores pode compor um cenário que incentive o acordo entre os agentes como modo de protegerem suas posições de mercado e maximizarem seus lucros, ao mesmo tempo em que as potenciais perdas relacionadas às sanções administrativas, penais e civis se mostram pouco prováveis de ocorrer.

As decisões empresárias, via de regra, seguem critérios objetivos e racionais e as opções dos agentes econômicos são quase sempre egoístas. Portanto, havendo oportunidade de auferir maiores ganhos, elas serão aproveitadas, mesmo que gerem prejuízo a terceiros.

Nesse sentido, cabe à administração pública, por meio da atividade legislativa, do poder de polícia e das políticas econômicas, regular o funcionamento do mercado de forma a impedir o surgimento de situações oportunistas. Estas medidas devem ser capazes de dissuadir os agentes da decisão de criar os cartéis ou de alterar o equilíbrio da função matemática para que os potenciais ganhos sejam inferiores às prováveis perdas que serão sofridas pelos cartelistas.

Já afirmava Adam Smith que os encontros entre os agentes econômicos sempre terminam em conspirações para o aumento dos preços, mas o direito à liberdade individual não permite que tais reuniões sociais sejam proibidas⁵⁹³. Portanto, cabe às autoridades fazer com que tais reuniões se tornem inócuas. À medida que o cartel se mostra uma opção pouco viável, seja pelo elevado grau de desconfiança dos agentes econômicos, seja pela baixa expectativa de lucratividade, a idéia de sua constituição será abandonada.

⁵⁹³ “Pessoas do mesmo ramo de atividade econômica raramente se encontram, mesmo que para folia e diversão, mas a conversa termina em uma trama contra o público, ou em algum plano para aumentar os preços. É realmente impossível evitar tais encontros, por qualquer lei que possa ser cumprida ou que possa estar de acordo com a liberdade e justiça. Mas embora a lei não possa impedir as pessoas do mesmo ramo de atividade econômica de ocasionalmente se reunirem, ela não deve fazer nada para facilitar tais reuniões, menos ainda para torná-las necessárias”. Tradução livre de: “People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.” (SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Great books of the western world. Vol.39. Chicago: Encyclopedia Britannica, Inc., 1952, p.55).

A confiança entre os agentes é minada por programas que incentivam a denúncia dos cartéis em troca de vantagens individuais. Assim, programas de leniência são altamente efetivos para revelar conluios em andamento e dismantelá-los. Contudo, é mais difícil evitar a formação de novos cartéis. Sendo que o programa de leniência beneficia o denunciante que já participava da atividade ilícita, não existem vantagens prévias à formação do cartel, que desincentive a sua entrada em operação.

A solução nesse caso é gerar uma baixa expectativa de ganho aos cartelistas, que é conseguida com a efetividade das sanções. Quanto maior forem as sanções, menor será o estímulo à prática de cartel. As sanções administrativas, geralmente multas, não possuem muita efetividade, mesmo sendo altas, pois elas podem ser estimadas antes do início da prática de cartel e computadas nos cálculos necessários para viabilizar a operação.

Quanto às sanções penais, sua efetividade é maior, pois o temor dos dirigentes das empresas em serem privados da liberdade desestimula mais a prática de cartel que o mero pagamento de multa, que via de regra é paga pela própria empresa.

Por último, tem-se a responsabilidade civil, cuja indenização também tem uma função punitiva. A cobrança das indenizações é altamente efetiva no combate aos cartéis, pois geralmente os valores são muito mais elevados que as multas pagas e não há como se estimar, antes da formação do cartel, qual será o valor pago no momento da eventual condenação dos infratores.

Para que seja calculado o valor da indenização devida pelos prejuízos gerados pelo cartel, primeiro é necessário isolar cada uma das lesões geradas e calcular os prejuízos auferidos pelos compradores. Além do sobrepreço cobrado pelo cartel, que corresponde a um prejuízo controlado, na medida em que o valor recebido pelo fornecedor é o mesmo que é pago pelo comprador, tem-se a restrição ao desenvolvimento natural do mercado e a diminuição geral do bem-estar social. Esses prejuízos são de difícil avaliação, mesmo depois do encerramento das atividades do cartel, pois não guardam correspondência com os ganhos obtidos pelos infratores.

Assim, a efetiva reparação dos prejudicados pelo cartel somente acontece mediante o pagamento de todos os valores devidos. O ato ilícito gera danos a pessoas físicas e jurídicas e à sociedade, que podem sofrer prejuízos materiais ou morais, ou ambos cumulados. Tais prejuízos podem ser cobrados pelos seguintes agentes: os compradores diretos do produto; os demais fornecedores do mercado afetado pelo cartel que não participaram do conluio; e os outros agentes econômicos que atuam em outros mercados

que participam de etapas posteriores ou anteriores do processo produtivo dos bens sob efeito do cartel.

O alcance de todos os prejuízos é bastante amplo e não se pode calcular quantos agentes serão lesados, nem o valor necessário para indenizá-los. Portanto, a responsabilidade civil exerce papel de grande importância para o combate aos cartéis. Além de recompor os bens afetados pelo cartel aos prejudicados, a indenização também desestimula a prática do ilícito, pois uma vez iniciadas as atividades, não há controle sobre a abrangência dos prejuízos que serão gerados. Apenas tem-se a certeza de que eles serão maiores que os ganhos possíveis de serem auferidos pelo cartel, caso todos os prejudicados exijam o pagamento de seus prejuízos.

Conforme analisado ao longo deste estudo, os prejuízos resultantes dos cartéis podem ser individuais, coletivos ou difusos. O sobrepreço é facilmente identificável e cada comprador do bem em valor acima do normal poderá cobrar a diferença. Contudo, no caso dos efeitos gerados pela restrição ao desenvolvimento natural do mercado e pela diminuição geral do bem-estar social há dificuldade em se saber quem é o prejudicado.

No caso da diminuição do bem-estar, a sociedade é afetada, mas no caso da restrição ao desenvolvimento do mercado, parte dos prejuízos pode ser individualizada e atingem as pessoas físicas ou jurídicas e parte dos prejuízos é difusa, afetando a sociedade como um todo.

Nesse sentido, a classificação dos danos decorrentes dos cartéis serve para sistematizar o estudo e identificar cada um dos efeitos econômicos produzidos e sobre a esfera de direitos de cada uma das pessoas atingidas, mas também é indispensável para definir o modo de cobrança e a via adequada. A cobrança de um prejuízo que não se sofreu é indevida e não há como se saber quais os prejuízos sofridos por um determinado indivíduo antes de se separar cada uma das lesões (dano-evento) originadas das atividades concertadas dos agentes em acordo e os prejuízos (dano-prejuízo) decorrentes de cada um deles.

As cobranças de indenização pelos prejuízos gerados pelos cartéis visam primordialmente a reparar ou a compensar os prejudicados, mas contribuem para a efetividade da defesa da concorrência, na medida em que esses valores não podem ser estimados pelos cartelistas e passam a integrar a álea da atividade ilícita desenvolvida por eles. Quanto maior a imprecisão dos dados, menor a probabilidade da celebração de acordo entre os concorrentes.

Portanto, espera-se que o aumento das condenações dos cartéis pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência seja acompanhado de uma iniciativa dos prejudicados em cobrarem as indenizações civis cabíveis, de modo a iniciar um movimento, hoje inexistente, de recomposição das perdas impostas ao mercado. Tendo em vista que esses prejuízos são bastante vultosos, a sua recuperação é relevante para os individuais e a coletividade e o desembolso de tais valores pelos membros do cartel é fator de grande desestímulo à reincidência na infração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES-METZ, Rosa M.; FROEB, Luke M.; GEWEKE, John F.; TAYLOR, Christopher T. *A variance screen for collusion*. **In** *International Journal of Industrial Organization*, 24, 2006.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Vol. 1, 11^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AKERLOF, George A. *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*. **In** *The Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970.
- ALEXANDER, Cindy R. *On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence*. **In**: *The Journal of Law and Economics*, vol. XLII (1) (PT. 2). Chicago: University of Chicago Press, 1999.
- ALPA, Guido. *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*. **In**: *Responsabilità civile e previdenza*: Rivista Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, vol. LXI – n° 1. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1996.
- _____. *Il danno alla persona oltre le esperienze nazionali. Una prospettiva europea*. **In**: *Responsabilità civile e previdenza*, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Milão: Giuffrè, 1998.
- _____. *Il danno biológico – percorso di um’idea*. Padova: Cedam, 1987.
- _____. *La responsabilità oggettiva*. **In**: *Contratto e impresa*: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. Ano 21. Padova: Cedam, 2005.
- _____. *Trattato di diritto civile*. Milão: Giuffrè, 1999/2000.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell’illecito – parte prima: i profili dottrinali*, 2^a ed. Milão: Giuffrè, 1980.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil: limites de la reparación civil*. Vol. 1, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

_____. *La responsabilidad extracontractual en los codigos civiles del MERCOSUR*. **In:** *Roma e America. Diritto romano comune* – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1972.

ASCARELLI, Tullio. *Conclusão de um contrato de cartel*. **In** *Ensaaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Consorti volontari tra imprenditori*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1937.

_____. *O contrato plurilateral*. **In** *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

_____. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro*. **In** *Ensaaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1952.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCH, Peter; SENECA, Joseph J. *Characteristics of colusive firms*. **In** *The journal of industrial economics*, 3, 1975.

ASSIS, Araken de. *Indenização do dano moral*. **In:** *Revista Jurídica*, nº 236, ano XLV, Porto Alegre: Síntese, jun. 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

- BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BARZEL, Yoram. *Measurement cost and the organization of markets*. **In** *Journal of Law and Economics*, 25, 1982.
- BAUMOL, William J. *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. **In** *The american economic review*, 72, 1982.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. **In**: *Revista de direito ambiental*, ano 3, nº 9. São Paulo, jan./mar. 1998.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. port. de Fernando de Miranda, tomo I, 1^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- BIANCA, Cesare M. *La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell'illecit*. **In**: *Roma e America*. Diritto romano comune – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: tendências atuais*. **In**: *Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial*. Vol. 74, ano 19, out./dez. 1995.
- BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar* Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BOUILLET, Marie-Nicolas. *Cartel* (verbete). **In** *Dictionnaire universel des sciences, des lettres et des arts*. 14^a ed. Paris: Hachette, 1884.
- BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*. 3^a ed. revisada e atualizada. Madrid: Montecorvo, 1981.

- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.
- BUSNELLI, Francisco Donato. *Ilícito civil*. **In:** Trabalho e doutrina, processo jurisprudência, n.º. São Paulo: Saraiva, dezembro de 1996.
- BUXBAUM, Hannah L. *German legal culture and the globalization of competition law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement*. **In** *Berkeley journal of international law* 23, 2005.
- CABANA, Roberto M. Lopez. *Responsabilidad civil por daños al consumidor en el MERCOSUR*. **In:** *Roma e America*. Diritto romano comune – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997.
- CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Dano moral*. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Responsabilidade civil do estado*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007.
- CAPUTO, Arturo. *I consozi d'impres*. Milano: Giuffrè, 1938.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Vol. I, livro I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.
- _____. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Vol. III, livro II. São Paulo: Duprat e Cia., 1914.
- _____. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Vol. V, livro I. Rio de Janeiro: *Jornal do Commercio*, 1919.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso*. **In:** *Revista da EMERJ*, vol. 3, nº 9. Rio de Janeiro, 2000.

- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. 2, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.
- CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000.
- COHIN, Marco R. *L'abstention fautive en droit civil et pénal : étude sur la responsabilité*. Paris: Librairie do Recueil Sirey, 1929.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1964.
- CONNOR, John M. *Global price fixing*. 2ª ed. Nova York: Springer, 2007.
- _____. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*. In *Research in law and economics*, 22, 2007.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: CIEE, 2007.
- _____, Relatório de Gestão, 2007, disponível on-line em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/relatorio_gestao_2007_200508.pdf>, acessado em 15/02/2010.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- COSTA, Achyles Barcelos da. *Organização industrial, mercados contestáveis e política pública* (mimeo). Porto Alegre: Departamento de Economia da UFRGS, 1995. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/decon/publionline/textosdidaticos>>, acessado em 23/11/2009.
- CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial organization: a strategic approach*. Boston: McGraw-Hill, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste (Lei nº 8.884 de 11.06.1994)*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Curso de direito romano*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CRICENTI, Giuseppe. *Il danno no patrimoniale*. Padova: Cedam, 1999.

D'AMELIO, Mariano. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1938.

DELL'ARCIPRETE, Nicolangelo; GRANADO, Néelson Vilhena. *Física*: 2º grau. Vol. 1. São Paulo: Ática, 1977.

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a cartéis em licitações*: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília: Publicação Oficial, 2008.

_____. *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Brasília: Publicação Oficial, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Cartel* (verbetes). **In** *Vocabulário jurídico*. Vol. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DICK, Andrew R. *When are cartels stable contracts*. **In**: *The journal of law and economics*. Vol. XXXIX (1). Chicago: University of Chicago Press, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. 2, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOMINGUES, A. Coelho. *Institutas do imperador Justiniano*. Recife: Typographia Mercantil, 1879.

ELZINGA, Kenneth G. *New developments on the cartel front*. *In The antitrust bulletin* 29. 1984.

- ENNECCERUS, Ludwig; WOLF, Martín; KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil*. Segundo Tomo, vol. II. Barcelona: Bosch, 1935.
- FACIO, Jorge Peirano. *Responsabilidad extracontractual*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954.
- FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; MAGGI, Bruno Oliveira. *Cartel das vitaminas S/A*. In *Revista de direito da concorrência*, 13, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Orgs.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Verbete *Cartel*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERRI, Giuseppe. *Consortio: teoria generale*. In *Enciclopedia del diritto* IX. 1980.
- FERSHTMAN, Chaim; PAKES, Ariel. *A dynamic oligopoly with collusion and price wars*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1999.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeat* – a problemática questão do arbitramento. In: *Direito do Consumidor*, vol. 15, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, jul./set. 1995.
- FILSON, Darren; KEEN, Edward; FRUITS, Eric. *Market power and cartel formation: theory and an empirical test*. In *Journal of law and economics*, 2, 2001.
- FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

- FOUCALT, François E. *A norma e o direito*. Tradução de Antonio Fernando Cascais. 2ª ed. Lisboa: Vega, 2000.
- FRAAS, Arthur G.; GREER, Douglas F. *Market structure and price collusion: an empirical analysis*. **In** *The journal of industrial economics* 1, 1977.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?*. Coimbra: Almedina, 1997.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do direito*. Vol. 53. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Reparação do dano mora*. **In**: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33. São Paulo: Centro de Estudos, jun. 1990.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- FRIEDMAN, Milton. *Hidden order: the economics of everyday life*. New York: Harper Collins, 1996.
- GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. 2, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.
- GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E. e CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 5ª ed. St. Paul: West Publishing Company, 1994.
- GEROSKI, Paul; GRIFFITHS, Rachel. *Identifying antitrust markets*. **In** NEUMANN, Manfred; WEIGAND, Jürgen (eds.). *The international handbook of competition*. Northampton: Edward Elgar, 2004.
- GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil*. **In**: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Fabris, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Orlando. *Contratos* (atual.: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino). 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GORASSINI, Attilio. *Qualche riflessione sulla responsabilità del produttore funzionale all'analisi sistemica dei modelli di responsabilità civile nelle società post-moderne. Roma e America*. Diritto romano comune – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Licitação e contrato administrativo* – Estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Consorzi industriali*. In *Novissimo digesto italiano* IV, 1957.
- HEXNER, Ervin. *International cartels*, 1945. Trad. esp. de Samuel Cosío Villegas, *Cárteles internacionales*. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1950.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coord.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West Group, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. **In** *Revista de direito administrativo* 1, 1945.

ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad civil*. 1ª ed., 2ª reimpressão. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1972.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5º ed. Paris : Dalloz, 2000.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Influência do direito francês no direito brasileiro*. **In**: *Revista da Faculdade de Direito USP*, vol. 89. São Paulo, 1991.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese apresentada em concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito pós-moderno*. **In**: *Revista USP: Pós-modernidade e Multiculturalismo*, nº 42. São Paulo, jun./jul./ago. 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Accuracy in the assessment of damages*. **In:** *The journal of law and economics*. Vol. XXXIX (1). Chicago: University of Chicago Press, abril 1996.
- KARPOFF, Jonathan M.; LOTT JR., John R. *On the determinants and importance of punitive damage awards*. **In:** *The journal of law and economics*. Vol. XLII (1) (PT. 2). Chicago: University of Chicago Press, abr. 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LACERDA, Galeno. *Indenização do dano moral*. **In:** *Revista dos Tribunais*, vol. 728, ano 85. São Paulo, jun. 1996.
- LAGO, José Manuel Busto. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 1998.
- LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. *The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules*. **In** *Wisconsin Law Review*, 941, 2000.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1976.
- LEWINSOHN, Richard. *Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial*, Trad. port. de Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Globo, 1945.
- LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.
- LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. *The general theory of second best*. **In** *The review of economic studies* 1, 1956-7.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia*. **In:** *Revista de direito público da economia*, 8, 2004.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

- _____. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Nuevas fronteras del abuso de derecho* (situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo). In: *Revista dos Tribunais*, vol. 723, ano 85, São Paulo: RT, jan. 1996.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *O caso White Martins e a questão da imposição de multas no direito antitruste brasileiro*. In *Revista de Direito da Concorrência*, IOB, Edição Especial (Retrospectiva/2003).
- MALARD, Neide Teresinha. *O cartel*. In: *Revista de direito econômico*. Vol. 21. Brasília: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Trad. port. de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- MARCONDES, Sylvio. *Direito mercantil e atividade negocial no projeto de código civil*. In: *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARKHAM, Jesse W. *The nature and significance of price leadership*. In *American economic review*, 5, 1951.
- MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil 2 – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008.
- MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome Premier. 4ª ed. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1947.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- MELLO JR., Adolpho C. de Andrade. *O dano: responsabilidade civil*. In: *Revista da EMERJ*, vol. 3, n° 9. Rio de Janeiro, 2000.
- MESSINEO, Francesco. *Doutrina generale del contratto*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1948.
- MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale* (danno morale). 3ª ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1917.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. Vol. 4, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de direito civil – Direito das obrigações*. Vol. 2, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NEALE, A. D. *El contenido político de la legislación antitrust*. In: HUNTER, Alex (Coord.). *Monopolio y competencia: textos escogidos*. Madrid: Tecnos, 1974.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo de Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Segunda parte. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 761, ano 88. São Paulo, mar. 1999.
- _____. *Enriquecimento sem causa*. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n°. 56, ano 15. São Paulo: RT, abr./jun. 1991.
- _____. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In: *Revista trimestral de direito civil*, ano 4, vol. 14. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Cartel* (verbetes). **In:** FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 1978.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência - Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Roberto Guena de. *A teoria do consumidor*. **In** PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (Orgs.). *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/>>, acessado em 02/02/2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2000.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Defesa da concorrência no sistema financeiro*. São Paulo: Singular, 2006.

PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. *Economies of scope*. **In** *The american economic review*, 2, 1981.

PARADISO, Massimo. *Il danno alla persona*. Milão: Giuffrè, 1981.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- _____. *Instituições de direito civil*. Vol. II. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación – Danos por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- POGLIANI, Mario. *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*. 2ª ed. rev. ampl. Milão: Giuffrè, 1969.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- _____. *Tratado de direito privado*. Tomo XI. 1ª ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.
- _____. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- PONZANELLI, Giulio. *Regole di responsabilità oggettiva e rimedi disponibili a favore del soggetto danneggiato. In: La responsavilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. A cura di Letizia Vacca. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago, 2001.
- _____. (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

- POSSAS, Mario Luiz. *Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas*. In *Revista de economia política*, 1, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 8ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2008.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e o jus puniendi geral*. In PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo – Estudos em homenagem ao prof. José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1941.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. Vol. 3, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 4. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- RUSSELL, Bertrand. *O poder: uma nova análise social*. Trad. port. de Brenno Silveira. São Paulo: Nacional, 1957.
- SALEMI, Giovanni. *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1912.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis*. In *RDM*, 121, 2001.
- _____. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- _____. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALVI, Cesare, *Responsabilità extracontrattuale* (diritto vigente). **In** *Enciclopedia del diritto* XXXIX, 1988.
- SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004.
- SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. Vol. 2. 5ª ed. Trad. port. de O. A. Dias Carneiro, Ruy Lourenço Filho e Luíz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1963.
- SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2001.
- SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. **In**: MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.
- SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência - doutrina e jurisprudência*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 12ª ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.
- SCHERER, F. M.; ROSS, D. *Industrial market structure and economic performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Monopolization, attempt to monopolize e a interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8884, de 1994*. **In**: *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, n. 119, jul./set. 2000.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova York: Harper Perennial, 1976.
- _____. *História da análise econômica*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilidade civil*. In *Novissimo digesto italiano* XV, 1968.
- SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. *Glossário*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>, acessado em 15/12/2009.
- SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, *Relatório de Gestão*, 2007, disponível online em: <<http://www.mj.gov.br/sde>>, acessado em 01/10/2009.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: RT, 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Great books of the western world. Vol. 39. Chicago: Encyclopedia Britannica, Inc., 1952.
- SPÍNOLA, Moacyr Roberto de Pinho; TROSTER, Roberto Luis. *Estruturas de mercado*. In PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval, *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- STIGLER, George J. *The organization of industry*. Chicago: University of Chicago, 1983.
- STIGLITZ, Gabriel A. *Daño moral, individual e colectivo, medioambiente, consumidor e dañosidad colectiva*. In: *Revista Direito do Consumidor*, vol. 19. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, jul./set. 1996.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics*. 2ª ed. New York: Norton and Company, 1997.
- STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Principles of microeconomics*. 3ª ed. New York: W. W. Norton, 2002.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 731, ano 85. São Paulo, set. 1996.

_____. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007.

SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil* **In:** *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 133, ano XLIII. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2004.

_____. *Law and economics*. **In** *Revista de direito mercantil*, 137, 2005.

_____. *Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil*. **In:** *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Vol. 111, ano XXXVI. São Paulo: Malheiros, jul./set. 1998.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TERRÉ, François. *Propos sur la responsabilité civile*. **In:** *Archives de philosophie du droit: la responsabilité*, nº 22. Paris : Sirey, 1977.

THE FEDERAL TRADE COMMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992 (rev. 1997), disponível on-line em: <http://www.ftc.gov/bc/docs/hmg080617.pdf>, acessado em 18/01/2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Responsabilidade civil – danos morais e patrimoniais – acidentes no trabalho – ato de Preposto*. **In** *Revista dos Tribunais*, vol. 731, 1996.

THIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milão: Giuffrè, 1967.

U.S. Department of Justice. *Antitrust division workload statistics FY 1998 – 2007*, disponível on-line em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.pdf>, acessado em 19/11/2009.

- VACCA, Letizia. *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2006.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de economia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- VASCONCELOS, Silvinha P.; RAMOS, Francisco S. **In** MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito civil: contratos em espécie*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *A sanção no direito administrativo brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- VINEY, Geneviève. *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*. **In**: *Archives de philosophie du droit: la responsabilité*, nº 22. Paris : Sirey, 1977.
- _____. *La responsabilité*. **In**: *Archives de philosophie du droit: vocabulaire fondamental du droit*, tome 35. Paris : Sirey, 1990.
- _____. JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3ª édition. Paris : L.G.D.J, 2006.
- VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3ª ed. Cambridge: MIT, 2000.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. *Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs*. In *The american economic review*, 1, 1968.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção Geral das Contribuições e Impostos, 1970.