André Marques Francisco

Responsabilidade civil por infração da ordem econômica

Dissertação apresentada ao
Departamento de Direito
Comercial como requisito para
obtenção do Título de Mestre

Orientador: Professor Doutor
Paulo Salvador Frontini

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

São Paulo
2014

Responsabilidade civil por infração da ordem econômica

2014

Agradeço, sobretudo, a Deus por permitir a realização desse projeto.

Ao meu orientador, Professor Paulo Salvador Frontini, pela oportunidade de desenvolver este tema, pela confiança depositada e pela orientação precisa ao longo do caminho.

Aos meus pais e familiares pelo exemplo e pela motivação.

Aos amigos pelo apoio sempre fundamental e por dar sentido à empreitada. Aos amigos e colegas Renato Sanchez, Fernando Faina e Pedro Cana Brasi. E em especial, agradeço à amiga e colega Thais Cruvínel Moretti, principal responsável pelo início desta caminhada.

Resumo

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo analisar a defesa da concorrência em seu perfil institucional através da utilização das ações indenizatórias privadas, avaliando-as como potenciais mecanismos para consecução dos objetivos do direito antitruste. Toma-se como ponto de partida a livre concorrência enquanto instrumento da ordem econômica para o fomento da justiça social, e as bases do direito antitruste voltados à sua defesa institucional. Nesse sentido, estuda-se a potencial contribuição da ação antitruste privada para a tutela judicial da livre concorrência, juntamente com seus elementos centrais no campo do direito material e processual.

Abstract

This essay aims at analyzing the defense of free competition through private actions for damages, conceived as potential mechanisms to achieve the higher values and objectives of antitrust law. It therefore study free competition as instrument of the economic order to provide social justice, and it's defense as the fundamental base of antitrust law. This essay also discuss the potential contribution of the private actions to the judicial enforcement of free competition trough antitrust law, and analyze it through material laws and procedural laws.

Índice

Introdução	10
 Título I: A tutela jurídica da concorrência	13
Capítulo 1: Ordem econômica e Constituição de 1988	13
Item i: a livre iniciativa	14
Item ii: a livre concorrência	16
Item iii: o poder econômico na Constituição de 1988	18
Item iv: o abuso do poder econômico	19
Capítulo 2: Os regimes jurídicos da concorrência	21
Item i: interesses tutelados pelos regimes jurídicos da concorrência	24
Capítulo 3: Breves notas para uma definição de concorrência lícita	25
Item i: o regime jurídico da concorrência desleal	28
Item ii: o regime jurídico do poder econômico: fundamento do antitruste	29
Item iii: notas sobre a concorrência lícita	31
 Título II: O direito antitruste e a defesa da ordem econômica	32
Capítulo 1: Direito antitruste e suas formas de atuação	32
Capítulo 2: Atribuições do Sistema de Defesa da Concorrência	35
Capítulo 3: <i>Enforcement</i> antitruste enquanto instrumento de políticas públicas	38
Capítulo 4: O <i>enforcement</i> privado do direito antitruste	42
Item i: formas de atuação privada na aplicação do antitruste	42
Item ii: a racionalidade econômica do <i>enforcement</i> privado	43
Capítulo 5: Eficiência dos modelos de <i>enforcement</i> público/privado	45
Item i: repressão: o problema da sanção ideal	45
Item ii: educação: formação de uma cultura da concorrência	49
Item iii: reparação: a tutela específica das vítimas	50
Capítulo 6: Observações de direito comparado	51
Item i: contribuição do direito norte-americano	51

Item ii: contribuição da recente discussão na Comunidade Europeia	54
Item iii: notas sobre a contribuição do direito comparado	58
Capítulo 7: O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	60
Item i: considerações sobre o histórico do direito antitruste no Brasil	60
Item ii: o modelo de <i>enforcement</i> adotado pela legislação nacional.....	64
Capítulo 8: Conclusão parcial	65
Item i: o acerto parcial da opção legislativa quanto aos modelos de <i>enforcement</i>	65
Item ii: notas sobre a possibilidade de composição entre a atuação pública e a atuação privada no enforcement do direito antitruste	68
 Título III: A infração da ordem econômica no regime da responsabilidade civil	
.....	71
Capítulo 1: Regime geral da responsabilidade civil	71
Capítulo 2: O ilícito concorrencial	75
Item i: particularidade do ilícito concorrencial	75
Item ii: potencialidade do ato como elemento essencial do ilícito antitruste.....	77
Capítulo 2: O dano decorrente da infração antitruste	80
Capítulo 3: Quantificação dos danos	82
Item i: quantificação do dano emergente.....	83
Item ii: utilização de modelos econométricos.....	90
Item iii: repasses (a “ <i>pass-on defence</i> ”)	91
Item iv: vítimas indiretas, prejuízo direto e quantificação	96
Item v: sobrepreço, repasse e lucros cessantes.....	100
Item vi: quantificação dos lucros cessantes	102
Item vii: dever de mitigar o próprio prejuízo (o “ <i>duty to mitigate the loss</i> ”)	103
 Título IV: Notas sobre os aspectos processuais da ação antitruste privada.....	108
Capítulo 1: Condições da ação	109
Item i: ainda a legitimidade ativa, um parêntese	112
Capítulo 2: A prescrição.....	114
Item i: delimitando a questão	114
Item ii: a teoria da <i>actio nata</i> e o art. 189 do Código Civil.....	115
Item iii: o elemento da inércia e o <i>dies a quo</i> da fluência do prazo prescricional	116
Item iv: o caso específico dos cartéis; o art. 200 do Código Civil e o trâmite do processo sancionador	120

Item v: considerações finais acerca da prescrição	123
Capítulo 3: Instrução probatória.....	123
Item i: considerações gerais	124
Item ii: elementos do processo administrativo e a ação civil	126
Capítulo 4: Ações coletivas	128
 Conclusão	 132
 Bibliografia.....	 135

Introdução

Partindo-se preliminarmente, da já celebre distinção entre a concorrência em sua concepção privatística, e em sua perspectiva publicista — sobre a qual o trabalho deverá se debruçar —, destacar-se-á o fato de que a defesa da concorrência (enquanto fundamento da ordem econômica) é exercida predominantemente pelo Poder Público, tendo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência seu funcionamento calcado na atuação de órgãos da Administração Indireta.

A prioridade política conferida ao desenvolvimento de um sistema público de defesa da concorrência teve seu reflexo na produção doutrinária e na advocacia privada, cujo foco se manteve na atuação junto ao CADE, e com especial ênfase no âmbito do controle das estruturas de mercado — vale dizer, dos atos de concentração.

O recente desenvolvimento da política da concorrência no Brasil, acompanhado pelo amadurecimento da experiência do CADE, no entanto, trouxeram novas luzes para o debate da concorrência do Brasil, como restou claramente evidenciado nas discussões que levaram à edição da lei n. 12.529/11, que promoveu a reforma do SBDC. A exposição de motivos apresentada no Congresso Nacional chama atenção para uma necessidade cada vez mais premente: aumentar as atenções dispensadas ao controle das condutas.

Nesse passo, as atenções dispensadas pelo projeto são no sentido modernizar as estruturas do CADE — bem como rever, a fim de enxugar, o sistema de controle de estruturas -, de modo a permitir uma maior atenção aos processos administrativos voltados ao controle de condutas.

A experiência internacional, no entanto, aponta para uma segunda alternativa para promover o desenvolvimento do sistema de controle de condutas: o incentivo à participação da iniciativa privada na defesa da concorrência, através de um conjunto ordenado de ações judiciais privadas com fundamento na legislação concorrencial.

Dentre os principais exemplos que serão analisados neste trabalho destaca-se aqui a experiência norte-americana, lembrando aqui que, nos Estados Unidos, o sistema de defesa da concorrência se estruturou em sentido diametralmente oposto ao nosso, confiando não na atuação de um órgão estatal centralizado, mas, ao contrário, na atuação do Poder Judiciário através das ações ajuizadas por agentes privados com fundamento nas disposições do Sherman Act e do Clayton Act. A segunda principal fonte a ser explorada ao longo do trabalho será a recente experiência da União Europeia, que, tendo estruturado seu sistema de defesa da concorrência calcado na atuação de entidades Comunitárias - juntamente com autoridades antitruste dos Estados membro -, vem reconhecendo a necessidade de se incentivar a participação de agentes privados para complementar a atuação dos entes públicos.

Apesar de suas notórias diferenças, há um ponto central que deve ser destacado: o reconhecimento de que a atuação da iniciativa privada, através da utilização de ações judiciais apropriadas, pode complementar a atuação das autoridades públicas na implementação de um sistema mais efetivo de defesa e promoção da concorrência.

O propósito deste trabalho, dessa forma, será analisar o produto dessa experiência internacional e em que medida essa experiência pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro e para o desenvolvimento de uma cultura da concorrência,

Em breve síntese a abordagem do tema será desenvolvida da seguinte forma: (i) no Título I, serão analisados os fundamentos constitucionais da livre concorrência e da regulação do poder econômico, estabelecendo-se as premissas centrais para a tutela jurídica da concorrência lícita; (ii) no Título II, focando nas finalidades centrais do direito antitruste, passa-se a analisar as características da tutela privada da concorrência e sua potencial contribuição para a defesa da concorrência no cenário nacional; (iii) no Título III, analisa-se o ilícito concorrencial à luz da estrutura geral da responsabilidade civil, juntamente com os fundamentos jurídicos a possibilitar a reparação dos prejuízos concretos causados pelas práticas anticompetitivas; e (iv) no Título IV passa-se ao estudo de questões processuais necessárias ao manejo da ação antitruste privada por parte do particular prejudicado pela infração da ordem econômica.

Título I:

A tutela jurídica da concorrência

Capítulo 1:

Ordem econômica e Constituição de 1988

Em seu artigo 170, a Constituição Federal de 1988 trata da ordem econômica, definindo seus como seus fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, estabelecendo sua finalidade última como sendo a de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, e preordena como seus princípios gerais (i) a soberania nacional, (ii) a propriedade privada, (iii) a função social da propriedade, (iv) a livre concorrência, (v) a defesa do consumidor; (vi) a defesa do meio ambiente, (vii) a redução das desigualdades regionais e sociais, (viii) a busca do pleno emprego, e (ix) o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte.

Assim, a Constituição reconhece a ordem econômica calcada no pressuposto capitalista da iniciativa do agente particular, mas submete seu regime jurídico¹ aos ditames da justiça social (valor-fim) como fator de legitimação, de modo que o regime jurídico da

¹ Como se observa em MOREIRA (apud GRAU, 2004), a expressão “ordem econômica” é plurívoca, compreendendo (i) o conceito de fato referente ao conjunto das relações econômicas; (ii) o conjunto de normas, de qualquer natureza, referentes às relações econômicas; e ainda (iii) a ordem jurídica da economia estritamente considerada. (apud GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 9a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57-58)

TAVARES, por sua vez, parte de uma interpretação intermediária, conceituando a ordem econômica como “expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenação juridicamente. É a sua estrutura orientadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.” (TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico, 2a ed. São Paulo: Método, 2006, p. 81)

ordem econômica deverá ser entendido, em sua aplicação, enquanto instrumento voltado à efetivação desse objetivo central².

Trata-se aqui de norma constitucional de natureza programática, tomada aqui a acepção de MEIRELLES TEIXEIRA (1991), como sendo “*aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*”³.

Na definição dos incisos do artigo 170, ao definir os princípios orientadores da ordem econômica, nota-se que o constituinte percebeu que as relações econômicas (instrumentalizadas no âmbito privado através do direito contratual) tipicamente produzem efeitos para além das partes contratantes, podendo afetar o meio-ambiente, a saúde pública, a balança comercial do Estado, o mercado de trabalho, dentre outros tantos — no jargão econômico, fala-se aqui das externalidades que poderão ser geradas pelas diferentes relações econômicas⁴.

O regime conferido pelo constituinte à ordem econômica deixa para trás tanto modelos de dirigismo econômico como de liberalismo estrito, para acolher um modelo de intervenção do Estado na economia principalmente através da regulação/fiscalização.

Item i:

a livre iniciativa

² Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141-142.

³ MEIRELLES TEIXEIRA. José Horácio. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 324.

⁴ FORGIONI (2009) anota que o direito abandona a concepção oitocentista, passando a reconhecer as externalidades e conferir-lhes tratamento específico, aproximando ainda mais o direito comercial e o direito econômico (FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180-181.

Elemento central do liberalismo econômico, a livre iniciativa é acolhida pelo legislador não apenas enquanto fundamento da ordem econômica (art. 170, inc. IV), mas também como fundamento da própria República (art. 1º, inc. IV); reconhece-se assim o papel essencial do indivíduo na consecução do ideal de desenvolvimento econômico e social.

Historicamente, a noção de livre iniciativa se desenvolve a partir da pressão dos agentes econômicos contra as amarras estatais que definiriam os contornos do mercantilismo, e tem como traços marcantes a proteção da propriedade privada, a garantia da autonomia jurídica, a possibilidade de auto-regulação das relações privadas (liberdade de contratar) bem como de exercer livremente sua atividade escolhida (liberdade de empresa)⁵.

FERRI define essa autonomia, restrita ao âmbito dos interesses estritamente privados, como sendo o poder de criar normas e modelar relações jurídicas dentro dos limites estabelecidos pela lei. Não se trata aqui de uma liberdade absoluta, mas sim de uma margem de livre atuação demarcada pelo próprio ordenamento, como se pode observar na redação do parágrafo único do próprio artigo 170, o qual assegura “*o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

Nesse passo, parece oportuno esclarecer que a expressão “*atividade econômica*” pode ser tomada em sentido amplo e em sentido estrito, sendo que “*a atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito*”. Essa distinção se faz necessária pois o regime de livre acesso a que se refere o parágrafo único do artigo 170 não se aplica à primeira espécie (a prestação do serviço público é atividade desenvolvida em regime de privilégio) e, mas apenas à segunda. Na realidade, mesmo considerada a expressão “*atividade econômica*” em sentido estrito, o regime de liberdade encontra restrições no próprio texto constitucional, que ressalva determinadas atividades econômicas em sentido estrito com

⁵ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 16a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 767-768.

monopólios estatais — como é o caso da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo (CF, art. 177).

Tem-se, portanto, que o constituinte não consagrou a livre iniciativa como mero reflexo de uma ideologia liberal, mas sim uma liberdade com caráter institucional; um instrumento para consecução de valores mais elevados, cuja utilização será balizada pela Constituição e pelo legislador ordinário, de acordo com os princípios listados nos incisos do artigo 170.

Item ii:

a livre concorrência

Tradicionalmente a definição da livre concorrência está diretamente atrelada à noção de livre iniciativa: para SILVA (1998), a primeira se apresenta como manifestação direta da segunda⁶; COMPARATO e GRAU (2004), por sua vez, observam a livre concorrência como uma das facetas da livre iniciativa⁷. A liberdade de atuar no mercado e iniciar a exploração de uma atividade produtiva pressupõe assim, para ser eficaz, a liberdade de permanecer no mercado disputando a preferência daquela clientela.

Cabe observar que a livre concorrência está inserida entre os incisos do art. 170, como um dos princípios que servem de baliza para a ordem econômica, e pode ser entendida no contexto do próprio art. 170 enquanto norma de natureza programática, como princípio-fim da atividade estatal. Vale dizer que o constituinte reconheceu expressamente o papel positivo desempenhado pela concorrência na promoção do desenvolvimento econômico e social⁸, e estabeleceu sua promoção como uma das finalidades da intervenção estatal.

⁶ Ob. cit., p. 185.

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional, 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 761.

⁸ Assim, a Constituição adota como premissa que o regime de livre concorrência estimula a inovação, o aprimoramento tecnológico, a redução de preços, o aumento de bem estar do consumidor, e o desenvolvimento nacional.

É preciso, no entanto, observar que não é qualquer forma de competição entre os agentes econômicos que interessa aos objetivos da ordem econômica, mas apenas aquela que possa contribuir com os demais objetivos da ordem econômica: fala-se, portanto, de promover mecanismos de competição que respeitem os direitos do consumidor, que resguardecem o meio-ambiente, e que contribuam com a redução de desigualdades e a busca do pleno emprego. Essa a concorrência tutelada pela Constituição Federal⁹.

Analisada em conjunto com o disposto no art. 5º da Constituição da República, a livre concorrência passa a ser entendida ainda como garantia de tratamento igualitário aos agentes de mercado, vedando a discriminação *arbitrária* desses agentes por parte do Estado e seus órgãos. É de se destacar que a vedação se restringe à discriminação arbitrária, na medida em que a própria concretização do princípio da igualdade (como modernamente entendido¹⁰) deve levar em consideração a realidade do mundo dos fatos; daí se dizer que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais¹¹.

Essa ponderação é essencial para o direito da concorrência, na medida em que o próprio constituinte observa diferenças essenciais entre os agentes econômicos; estabeleceu, por exemplo, a necessidade de tratamento diferenciado para a empresa nacional de pequeno porte (art. 170, inc. IX), e também para os agentes econômicos detentores de poder de mercado (art. 173, §4º).

Item iii:

o poder econômico na Constituição de 1988

⁹ Seguindo esse raciocínio, TAVARES (2006) reconhece no princípio da livre concorrência “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”. (Ob. cit., p. 83)

¹⁰ Ob. Cit., p. 83.

¹¹ Seguindo a lição de BITTAR (2009) acerca do princípio da igualdade, exatamente “porque são distintos no mundo dos fatos, recebem tratamento jurídico diverso. Este é o critério básico da concretização da igualdade: ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’.” (BITTAR, Eduardo C. B. Direitos fundamentais. In: Bonavides, Paulo. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80)

A Constituição de 1988 traz ainda no parágrafo quarto de seu artigo 173 outro dispositivo fundamental para o direito da concorrência ao estabelecer que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

A redação do dispositivo permite duas observações preliminares: (i) em primeiro lugar, reconhece o constituinte a existência do poder econômico, bem como o processo de forte concentração desse poder por parte de alguns poucos agentes de mercado (trata-se, na verdade, de verdadeira reação a esse processo que marcou o desenvolvimento econômico nacional); e (ii) em segundo lugar, reconhece que a atuação dos agentes detentores do poder econômico com frequência propaga efeitos perante o mercado e a sociedade — como se disse, o constituinte atentou para os efeitos secundários produzidos pelas relações jurídicas econômicas (conceito econômico de externalidade).

Exatamente por reconhecer a existência e concentração do poder econômico, assim como seus efeitos perante o mercado e a sociedade, é que o constituinte vedou as práticas que tenham por finalidade a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros¹² — em outras palavras, vedou algumas das principais condutas que atentam contra os princípios gerais da ordem econômica. E encarregou o legislador ordinário de estruturar e instrumentalizar os mecanismos de repressão a essas práticas contrárias aos objetivos da ordem econômica.

Dessa forma, o referido dispositivo se enquadra na definição de norma constitucional de princípio institutivo, definidas por SILVA (2008) como sendo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação de institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo mediante lei¹³. Assim, o legislador constituinte instituiu no art. 173, §4º as bases para edificação do direito antitruste, que tem como objeto central as relações marcadas pela presença do poder

¹² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem caminhando no sentido de conferir eficácia direta e imediata à norma do §4º do art. 173, enquanto vedação aos atos que possam levar à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros:

"O percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao poder público, chamado Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), opera como fator de ajuste de preços, permitindo, assim, que se chegue ao "Preço Máximo de Venda ao Governo" (PMVG), o que vai ao encontro da reprovação constitucional do aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, CF/1988)." (STF. 1ª Turma, Recurso em Mandado de Segurança n. 28.487, Rel. Min. Dias Toffoli, dj. 26.02.2013)

¹³ Ob. cit., pp. 123 e 126.

econômico, e como objetivo central evitar os mecanismos artificiais que levem à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

Item iv:

o abuso do poder econômico

Tradicionalmente, a noção de abuso está ligada à construção doutrinária do “*abuso de direito*”, que encontra respaldo no art. 187 do Código Civil, que define como ilícito o ato que, no exercício de determinado direito, “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes*” (CC, art. 187)¹⁴. Dessa forma, o abuso se caracteriza não em uma perspectiva estática, mas sim dinâmica, no exercício do direito que excede aos limites juridicamente aceitos. No caso do poder econômico, a própria Constituição Federal define esse limite sob a perspectiva dos efeitos potenciais da conduta, vedando aquelas que possam levar à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

CARVALHOSA (2013), valendo-se da lição de HOUSSIAUX, define o poder econômico como sendo “*a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais do mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado*”¹⁵.

¹⁴ Anota-se aqui a influência do Código Civil Português, que em seu art. 314 estabelece que “é ilegítimo, o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

¹⁵ E prossegue:

“A ‘contrario sensu’, empresa destituída de poder econômico é aquela que tem seu poder de decisão restrito às leis do mercado, sob pena de, contrariando-as, correr o risco de desaparecimento. Estas empresas - destituídas de poder econômico ‘não deixam de ter capacidade de decisão econômica independente, na medida, no entanto, em que essa capacidade seja exercida dentro das leis concorrenciais do mercado. Ao se ver incapaz de tomar decisões que contrariem as leis concorrenciais, sob pena de comprometimento de sua própria estrutura, a empresa, desde logo, verifica não possuir poder econômico.” (CARVALHOSA, Modesto. Direito econômico: obras completas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 411-412)

Dito de outro modo, o agente detentor de poder econômico é aquele que dispõe de suficiente capacidade econômica para definir suas políticas de preço, quantidade de oferta, qualidade de produto (dentre outras), sem ter de se preocupar com a reação de seus concorrentes. De outro lado, o agente destituído do poder econômico é aquele cuja definição das políticas empresariais deve levar em conta a conjuntura de mercado e a conduta dos demais agentes, sob pena de, em não o fazendo, sofrer prejuízos que levarão à sua própria extinção.

Esse poder pode estar estruturado com base em diversos fatores, tais como a capacidade financeira pura do agente (que poderia, por exemplo, praticar preços abaixo de seu custo marginal para eliminar seus concorrentes), a posição dominante no mercado (caso que poderia aumentar seus preços arbitrariamente, sem que isso implique necessariamente em redução de demanda e diminuição de seus lucros), ou ainda uma combinação dos anteriores¹⁶.

Como se pode ver, portanto, o poder econômico não é propriamente um direito; trata-se de um fenômeno econômico próprio da realidade fática (existência/concentração de poder econômico). Assim, quando a Constituição fala “abuso do poder econômico”, está na verdade se referindo ao exercício da livre iniciativa (liberdade de contrato e liberdade de empresa) que excede manifestamente os limites impostos pela própria Constituição.

Como anotado por CARVALHOSA (2013), é através do exercício da livre iniciativa que o fato econômico se reveste de forma normativa (de juridicidade), passando a integrar o conjunto das relações jurídicas previstas no ordenamento¹⁷. E é exatamente esse exercício da livre iniciativa, quando qualificada pela presença do poder econômico, que interessa para os fins do art. 173, §4º da Constituição Federal.

Dessa forma, a ordem econômica constitucional reconhece e autoriza a existência e concentração (quando por processo natural do próprio mercado) do poder econômico,

¹⁶ Por essa razão, SALOMÃO FILHO (2007, pp. 91 e seguintes) sustenta que o poder econômico não comporta uma conceituação fechada, sendo mais adequado tratá-lo a partir da perspectiva de suas manifestações no mercado. Ainda segundo o autor, a principal manifestação do poder econômico no mercado seria justamente na faculdade de alterar unilateralmente os elementos de formação de preço (seja diretamente o preço, seja a quantidade oferecida, a quantidade demandada, a qualidade do produto, etc.).

¹⁷ Ob. cit., p. 661.

mas impõe ao seu titular restrições adicionais à sua esfera de direitos, limitando sua liberdade de atuação em razão da presença do poder econômico^{18 19}.

Capítulo 2:

Os regimes jurídicos da concorrência

Como visto anteriormente, de um lado (art. 170, inc. IV), a Constituição de 1988 definiu a livre concorrência (princípio-fim da própria atividade estatal) como instrumento para consecução dos objetivos mais elevados da ordem econômica; e de outro (art. 173, §4º) estruturou um sistema para proteção da concorrência contra os efeitos advindos das atividades marcadas pela presença do poder econômico.

Tem-se aí, portanto, duas veredas que encaminharam o legislador ordinário a dois regimes jurídicos distintos para o tratamento das relações de concorrência entre os agentes econômicos²⁰: (i) o regime dos atos de concorrência entre os agentes econômicos que

¹⁸ E isso porque, como esclarece SILVA (1998), “o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.” (Ob. cit., p. 775)

¹⁹ Na lição de GASPARINI:

“As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trusts e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desamai o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência (...).” (GASPARINI, Diógenes. Curso de Direito Administrativo, 8a ed., São Paulo: Saraiva, pp. 629-630)

²⁰ Ainda a esse respeito, COELHO (2002) afirma que:

“(...) a concorrência desleal se diferencia da outra forma de ilicitude competitiva (a infração à ordem econômica), na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. Na infração da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da econômica de mercado, e, portanto, um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes é atingido. Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal,

disputam a clientela de um mesmo mercado (o regime da concorrência leal, mais afeita ao direito privado); e (ii) o regime das relações econômicas qualificadas pela presença do poder econômico (fala-se aqui no direito antitruste).

Assim, de um lado, cabe ao Estado garantir um ambiente de livre competição, não apenas legislando de modo a submeter os participantes do mercado a um conjunto de regras comum — que permita ao exercício da livre iniciativa atingir sua função social —, mas também atuando (fiscalização e repressão) a fim de garantir que todos os agentes do mercado efetivamente observem e obedeçam às mesmas regras. De outro lado, cabe ao Estado reprimir a utilização abusiva do poder econômico, como salvaguarda da própria livre concorrência (e, por reflexo, também da livre iniciativa) e dos demais fundamentos que orientam a ordem econômica.

Evidente que tais sistemas mostram pontos de intersecção, na medida em que ambos apresentam traços voltados à tutela dos interesses dos demais concorrentes, dos direitos dos consumidores, e ainda dos terceiros porventura atingidos pelas externalidades decorrentes dessas relações econômicas.

Conforme observado por SALOMÃO FILHO (2003), existem também pontos de contato que revelam um potencial conflito entre esses regimes jurídicos da concorrência, na medida em que o enrijecimento das normas de conduta referentes à lealdade resultam em redução direta da liberdade de atuação²¹. Em outras palavras: o nível de liberdade de concorrência será inversamente proporcional ao nível de lealdade exigido nas relações de concorrência. Essa noção deve estar na base da definição legislativa dos regimes da

contentando-se com as pressões civil e penal.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, vol. 1., 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.)

O critério, no entanto, mostra-se impreciso. De um lado, pode-se dizer que a maior parte dos atos tipificados pela lei de propriedade industrial como atos de concorrência desleal atingem não apenas os interesses dos empresários concorrentes, mas também do consumidor (por vezes vítima de estratégias voltadas a confundir produtos, que tem tolhida, na prática, sua liberdade de escolha). De outro lado, o grau de reprovação social da conduta, com base no potencial de dano às estruturas do mercado, também se mostra um critério demasiado subjetivo para a diferenciação. Basta lembrar, em primeiro lugar, da existência de infrações à ordem econômica de menor potencial gravoso para o mercado como um todo (cartéis de postos de gasolina); e em segundo lugar, que a tipificação criminal dos atos de concorrência desleal denota um grau de reprovação social muito superior àquele conferido às infrações à ordem econômica reprimidas apenas através de penalidades administrativas (que não é o caso dos cartéis, frise-se).

Daí porque se adota aqui a orientação de SALOMÃO FILHO (2007, p. 60), ao tomar a presença do poder econômico como principal traço distintivo entre os regimes jurídicos da concorrência.

²¹ SALOMÃO Filho, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 56-57.

concorrência, e deve ser observada e reconhecida pelo interprete quando de sua aplicação ao caso concreto.

Na realidade, a constatação desses pontos de aproximação, e a busca por uma unidade no sistema de tutela da concorrência, levou o legislador ordinária a incluir no inciso I do artigo 20 da lei n. 8.884/94 (com redação mantida no art. 36 da lei n. 12.529/11), dentre as definições de infração da ordem econômica, os atos capazes de “falsear a concorrência”. Criou-se, assim, uma abertura que permite trazer para o âmbito do direito antitruste o regime genérico dos atos de concorrência desleal.

Muito embora seja inegável a existência desse ponto de contato criado pelo legislador ordinário, adota-se aqui corte metodológico semelhante ao de ALMEIDA (2004)²², no sentido de tratar separadamente o regime jurídico da concorrência desleal e o regime jurídico do antitruste; toma-se aqui como premissa que cada um desses micro-sistemas jurídicos opera segundo uma racionalidade própria, pelo que se justifica manter a dicotomia quanto à análise e operacionalização dos regimes jurídicos da concorrência.

Item i:

interesses tutelados pelos regimes jurídicos da concorrência

De modo geral, os regimes jurídicos de tutela da concorrência são estruturados e aplicados com vistas a tutelar dois grupos de interesse distintos: os interesses dos agentes do mercado e os interesses do consumidor.

Assim, de um lado, tem-se a esfera de interesses dos demais agentes de mercado (em geral concorrentes diretos), diretamente atingidos por atos de concorrência ilícita (sejam os contrários às regras de concorrência leal, sejam os que restringem ilegalmente a

²² ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Abuso do direito e concorrência desleal. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

liberdade de concorrer). Como observado por ASCARELLI (1960)²³, o empresário prejudicado detém um direito subjetivo perante o seu concorrente, podendo demandar-lhe a cessação da conduta (ação inibitória), juntamente com a reparação pelos prejuízos causados. Essa mesma forma de proteção encontra-se consagrada tanto no âmbito do regime da concorrência desleal como no direito antitruste.

De outro lado, tem-se o fenômeno recente na história do direito comercial no sentido de tutelar também os interesses dos consumidores²⁴; hoje, pode-se dizer que a proteção do consumidor é elemento marcante tanto no regime jurídico da concorrência desleal como no regime do antitruste. No primeiro, tutela-se o direito de livre informação e livre escolha do consumidor (repudiando, por exemplo, manobras que criem confusão entre produtos para induzir em erro o consumidor; e no segundo, através da disciplina do poder econômico (tanto estática [estruturas] como dinâmica [condutas]), busca-se evitar o aumento injustificado de preços que atentam contra o bem-estar dos consumidores.

Muito embora esses sejam os dois principais grupos de interesses tutelados pelo direito da concorrência (em suas duas vertentes), é importante notar que a própria livre concorrência é tomada pela Constituição enquanto instituição/instrumento em prol da realização dos demais valores e objetivos que norteiam a ordem econômica. Significa dizer que, muito embora sejam menos perceptíveis, outros interesses (como o da própria ordem concorrencial, enquanto instituição) poderão ser tutelados através do regime jurídico da concorrência.

Capítulo 3:

Breves notas para uma definição de concorrência lícita

²³ ASCARELLI, Tulio. Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, terza edizione, Milano: Giuffrè, 1960.

²⁴ Especificamente sobre o papel do direito da concorrência na defesa dos interesses dos consumidores, destaca-se aqui: CARPENA, Heloísa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. E: GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. A livre concorrência como garantia do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Inicialmente, ASCARELLI esclarece que a concorrência corresponde a um fenômeno empírico, caracterizado pelo confronto entre diferentes bens/serviços para satisfazer uma determinada necessidade concreta de um certo grupo de pessoas. Esses bens/serviços, por sua vez, são oferecidos no mercado por agentes econômicos diversos, de onde se extrai também a concorrência como a tensão natural entre esses empresários (e seus bens/serviços) no processo de conquista da preferência do consumidor — e num cenário ideal, aquele empresário capaz de oferecer o produto mais adequado à necessidade concreta do cliente teria sua preferência²⁵.

Essa tensão natural às relações de mercado serviria como impulso para o desenvolvimento de novos produtos para melhor atender às necessidades concretas da sociedade (consumidores potenciais). Do mesmo modo, o cenário competitivo levaria à retirada do mercado daqueles produtos que de alguma forma se mostraram inadequados para atender às necessidades de seus consumidores. Novamente trazendo a linha de pensamento para o plano do empresário, o ambiente competitivo levará à promoção daqueles agentes que melhor atenderam às necessidades de seu público alvo, e à remoção daqueles que falharam nesse intento.

Entretanto, o processo competitivo entre empresários não está pautado apenas na capacidade de oferecer produtos que melhor atendam a uma determinada necessidade concreta, mas sim em oferecer tais produtos a um preço compatível com o proveito a ser extraído pelo cliente com a satisfação daquela necessidade específica. A competição entre os agentes econômicos incorpora assim o preço como elemento comparativo, juntamente com a capacidade do produto em questão satisfazer determinada necessidade da vida concreta: o empresário que lograr oferecer ao mercado o melhor produto com o melhor preço, acaba por conquistar a preferência dos potenciais consumidores.

²⁵ GHIDINI, LIBERTINI e PUTZOLU (1981) abordam a mesma questão tomando sob o prisma da livre iniciativa:

"Nel comune linguaggio giuridico - e nell'accezione definita come << soggettiva >> - il termine << concorrenza >> designa un modo d'essere dell'iniziativa economica consistente nella fondamentale condizione di libertà, per tutti i consociati - pur con talune limitazioni, vuoi di << ammissione >>, vuoi di comportamento: limitazioni, però, uguali per tutti (art. anche ex art. 3, comma 1, Cost.) - di entrare ed agire su un medesimo mercato, attuale o potenziale, offrendo beni o servizi suscettibili di soddisfare bisogni e interessi identici o simili o complementari." (GHIDINI, Gustavo; LIBERTINI, Mario; PUTZOLU, Giovanna Volpe. La concorrenza e i consorzi. Padova: Cedam, 1981, p. 1)

Tem-se então não apenas o incentivo para o desenvolvimento de novos produtos, mas também para a melhor organização dos fatores de produção, para que o empresário possa desenvolver o melhor produto com o menor custo possível, para poder oferecê-lo ao mercado com preço competitivo — essa a noção econômica de eficiência alocativa. Em um cenário de escassez de recursos, a busca pela eficiência empresarial contribui para o desenvolvimento tecnológico, econômico e social do país. Daí a inclusão da livre concorrência no rol dos princípios da ordem econômica, dada sua inequívoca capacidade de promover o incremento do bem-estar social.

Acontece que a lógica estritamente econômica, de redução de custos e maximização de lucros, pode acabar por perverter a dinâmica natural do ambiente competitivo, levando a um quadro de disputa exacerbada, com potenciais efeitos colaterais (externalidades) negativos ao meio-ambiente, aos trabalhadores, à saúde-pública, etc. Justamente para evitar que a disputa saudável entre os agentes repercuta negativamente sobre a sociedade, a Constituição definiu outros princípios-fim a serem tutelados através de regulamentação jurídica própria: direito ambiental, direito do trabalho, direito do consumidor, etc.

Tais conjuntos de regramentos jurídicos específicos serão impostos e aplicados de modo igualitário e equânime sobre os agentes do mercado (princípio da igualdade e isonomia concorrencial), e incorporados pelas empresas em sua rotina de produção.

A partir desse ponto, a tensão concorrencial passa a destacar não aquele empresário capaz de oferecer o produto mais útil pelo menor preço, mas aquele que consegue fazê-lo respeitando os demais valores orientadores da ordem econômica (preservando o meio-ambiente, valorizando o trabalho e respeitando o consumidor). É exatamente aqui que a concorrência (ainda entendida como fato), aliada a um cenário de regulação estatal, poderá de fato auxiliar na consecução dos objetivos da ordem econômica.

Há distinção, porém, entre a concorrência enquanto fenômeno próprio das relações econômicas e o ato de concorrência. Como ensina ASCARELLI, este último é aquele tipicamente praticado por um agente do mercado com vistas a tirar clientes de seus concorrentes (sejam clientes efetivos, sejam clientes potenciais)²⁶. O ato de concorrência,

²⁶ Ob. cit., pp. 23 e 25.

por sua própria natureza, tem por finalidade uma espécie de dano aos concorrentes diretos: o agente que capta clientes de um concorrente estará lhe subtraindo faturamento, e do mesmo modo quando conquista consumidores novos de um mercado ainda em formação, estará subtraindo de seus concorrentes uma oportunidade de faturamento adicional.

Por essa razão, a definição da licitude ou ilicitude do ato de concorrência não poderá ter como fundamento o critério do dano direto ao concorrente (CC, art. 186), mas sim buscar sua legitimação em outros valores fundamentais da ordem econômica. Vale dizer que mesmo a tutela jurídica dos concorrentes — seja para inibir atos concorrenciais ilícitos, seja para reparar os prejuízos destes — tem como fundamento último não o próprio concorrente, mas a concorrência em seu perfil institucional, a concorrência enquanto princípio-fim da ordem econômica.

Defender a concorrência nesse sentido significa resguardar uma forma de estruturação do mercado que confira aos agentes a possibilidade de êxito conforme sua própria eficiência. Nesse sentido a tutela da concorrência corresponde à tutela do concorrente mais eficiente que se vê lesado pela conduta dos demais.

Assim, a partir daqui é que se passa a falar em uma preocupação com o próprio ambiente competitivo e seus mecanismos de funcionamento. E isso porque a dinâmica concorrencial acima exposta tem como premissa um processo de escolha livre e racional por parte do consumidor; é o consumidor quem, em última análise, define o sucesso ou o fracasso do agente econômico no mercado. Dessa forma, é necessário que a estrutura do mercado permita o livre fluxo de informações para instruir a tomada de decisão por parte do consumidor. Essa é uma das preocupações centrais de qualquer regime jurídico da concorrência.

Desse modo, a disciplina jurídica da concorrência lícita vincula necessariamente a defesa da concorrência em seu perfil institucional e a defesa dos próprios consumidores. Esses são os valores centrais que norteiam a definição do ato de concorrência como lícito ou ilícito — o critério de legitimação para valoração dos atos de concorrência, conforme se extrai da própria Constituição Federal —, e que se encontram presentes tanto no regramento jurídico da concorrência leal como na regulação do poder econômico.

Item i:

o regime jurídico da concorrência desleal

O regime da concorrência leal, segundo esclarece SALOMÃO FILHO (2003), trata de garantir que os agentes econômicos, em suas relações de concorrência, respeitem regras mínimas de comportamento. Essas regras de comportamento possuem dois objetivos principais, a saber: (i) garantir que o sucesso relativo das empresas do mercado dependa apenas de sua eficiência econômica (e não de “*espertezas negociais*”), e (ii) preservar o mercado enquanto agente de transmissão de informações, pelo que o regime de concorrência leal contribui para garantir o fluxo de informações ao consumidor.

Essa preocupação central pode ser observada no art. 195 da lei n. 9.279/96, que define como crimes de concorrência desleal os atos de: (i) publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; (ii) prestar ou divulgar falsa informação sobre concorrente com fim de obter vantagem; (iii) empregar meio fraudulento para desviar clientela de outrem; (iv) utilizar ou imitar expressão ou sinal de propagando alheio, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; (v) utilizar indevidamente título de estabelecimento ou insígnia alheios; (vi) utilizar seu próprio nome ou razão social em produto de outrem sem seu consentimento; (vii) atribuir-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; (viii) utilizar-se de recipiente ou invólucro de outrem para vender ou expor e oferecer à venda seus produtos; (ix) dar ou prometer vantagem a empregado de concorrente para que este, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; (x) receber vantagem ou promessa de recompensa para faltar ao dever de empregado e proporcionar vantagem ao concorrente do empregador; (xi) divulgar ou explorar, sem autorização, conhecimentos comerciais confidenciais, salvo os de conhecimento público, aos quais teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia; (xii) divulgar ou explorar tais conhecimentos comerciais confidenciais obtidos por meios ilícitos ou mediante fraude; (xiii) vender ou expor e oferecer à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada ou concedida, sem que este o seja; (xiv) divulgar ou explorar sem autorização resultados de testes ou dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido

apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Como se pode ver, em todas as hipóteses previstas na lei n. 9.279/96, há uma linha uniforme de preocupação por parte do legislador: resguardar os mecanismos da concorrência institucional, para garantir que o sucesso decorra da eficiência, e também preservar a integridade do fluxo de informações ao consumidor, afastando assim os atos de concorrência que intencionem onfundir a clientela.

Seguindo essa mesma orientação geral, o ordenamento contempla ainda a concorrência desleal genérica, que muito embora não seja tratada sob a ótica do direito penal, mas confere ao prejudicado o direito de buscar a cessação da prática bem como a indenização pelos prejuízos dela resultantes²⁷. Assim o art. 209 da lei n. 9.279/96, estabelece como ato genérico de concorrência desleal aquele tendente a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços, ou entre os produtos e serviços postos no comércio²⁸.

Mais uma vez, tutela-se a esfera de interesses do concorrente garantindo que o consumidor receba uma informação precisa acerca dos produtos que estão postos em circulação no mercado, garantindo que a disputa pela clientela seja feita segundo critérios de eficiência e qualidade²⁹.

Reforça-se, portanto que a baliza central para o tratamento jurídico da concorrência não está calcada em algum “direito ao lucro” do empresário, mas sim nos valores da ordem econômica.

²⁷ FIGUEIREDO, Paulo Roberto Costa. Crimes de concorrência desleal, crimes de violação de segredo e fábrica e de negócio. In: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, n. 49, 2000, p. 40.

²⁸ FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 354.

²⁹ Não se desconhece que, em suas origens, o tratamento da concorrência desleal teve por foco principal a tutela direta dos agentes de mercado, daí a formulação tradicional da concorrência desleal genérica como sendo aquela contrária aos costumes honestos e às boas práticas comerciais. Essa definição que, aliás, consta do Código de Propriedade Industrial Português (art. 260), e esteve presente nas primeiras convenções sobre o tema, como Bruxelas (1900) e Haia (1925).

O que se pretende aqui é apresentar uma construção geral do tratamento jurídico da concorrência à luz dos fundamentos e princípios da ordem econômica definidos na Constituição de 1988, e com os quais tem se orientado a moderna teoria do direito comercial.

Item ii:

o regime jurídico do poder econômico: fundamento do antitruste

O mesmo raciocínio geral apresentado anteriormente se aplica também ao direito antitruste, que terá como objetivos: (i) garantir que o sucesso relativo das empresas do mercado dependa apenas de sua eficiência econômica, e (ii) preservar o mercado enquanto agente de transmissão de informações, pelo que o regime de concorrência leal contribui para garantir o fluxo de informações ao consumidor.

Na realidade, a grande diferença se dá quanto ao enfoque: enquanto o regime da concorrência desleal se preocupa com a malícia empresarial pura e simples, a disciplina do antitruste foca suas atenções no poder econômico e seu exercício.

Isso porque o agente detentor de poder econômico poderá — mesmo sem se utilizar de uma estratégia de confusão do consumidor — influenciar tanto a dinâmica natural da relação de concorrência, como turvar o fluxo de informações que transita pelo mercado.

Evidente que nesse caso os instrumentos para subverter a lógica natural do mercado serão outros. Assim, por exemplo, o agente poderá se utilizar de sua capacidade financeira superior para praticar preços abaixo do custo, e levar ao fracasso mesmo empresários mais eficientes. Ou ainda, utilizar-se de sua posição dominante em determinado mercado (principal), para através de vendas casadas para alavancar seu desempenho em outro mercado (secundário, em detrimento de outros empresários mais eficientes nesse segundo Mercado). Não é raro que o poder econômico seja exercido até mesmo para ceifar a liberdade de escolha do consumidor (anulando a estrutura básica da relação de concorrência), como se dá nesse segundo exemplo, em que o consumidor somente terá acesso ao produto principal se adquirir conjuntamente aquele produto secundário.

Do mesmo modo, quando se fala aqui do fluxo de informações disponível no mercado, trata-se de outra espécie de informação: aquela referente aos elementos que

integram a relação de formação de preços. Segundo a doutrina econômica, a precificação de bens no mercado se dá através da relação entre oferta e demanda desses bens: quanto menor a oferta e maior a demanda, maior será preço. No entanto, o agente detentor de posição dominante no mercado dispõe da possibilidade de restringir unilateralmente (ou coordenadamente, nos casos de colusão) essa relação, oferecendo ao mercado esses bens em volume inferior à sua real capacidade de produção, forçando com isso uma elevação artificial do preços de tais produtos³⁰.

Essa, evidentemente, não é a única forma à disposição dos agentes detentores de posição dominante de influenciar o fluxo de informações disponível ao mercado. Trata-se aqui apenas de sua mais simples modalidade³¹, mas que serve para ilustrar os mecanismos que podem ser utilizados para turvar as informações disponíveis no mercado.

Assim que, na forma do art. 36 da lei n. 12.529/2011, o direito antitruste busca repelir os atos que possam (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar artificialmente mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Novamente, tem-se aqui como preocupações centrais a tutela da própria concorrência enquanto instrumento da ordem econômica³², e do próprio consumidor³³ — este último ganhando especial destaque aqui, na medida em que o poder econômico pode exercer influência direta em sua capacidade de livre decisão.

Item iii:

notas sobre a concorrência lícita

³⁰ A esse respeito POSNER, . Antitrust law, 2nd Ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001, Capítulo 1, pp. 2-5 (edição digital).

³¹ Outras modalidades, mais sofisticadas, serão apresentadas mais adiante neste trabalho.

³² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.

³³ FORGIONI (2009)

À guisa de conclusão parcial, retoma-se aqui as noções expostas nos itens anteriores, das quais se pretende extrair uma baliza para aferir a concorrência lícita: aquela travada com base em critérios de eficiência econômica (desenvolvimento de novos produtos, aprimoramento da qualidade e redução de preços), com observância dos valores fundamentais da ordem econômica.

Na sempre atual lição de COMPARATO (1976), *“não significa escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e que tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse público. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (...), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual da iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição”*³⁴.

³⁴ COMPARATO. Fabio Konder. O poder de controle da sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 301.

Título II

O Direito Antitruste e a Defesa da Ordem Econômica

A primeira parte deste trabalho teve por finalidade assentar algumas premissas básicas sobre as quais se passará a trabalhar. Destaca-se, em especial, a institucionalização da concorrência por parte da Constituição de 1988, como instrumento da ordem econômica para promoção do desenvolvimento nacional e da justiça social.

Como visto, o ordenamento jurídico nacional estruturou-se de modo a tutelar a concorrência de dois modos distintos: um primeiro voltado ao tratamento das formas válidas de disputa, como forma de promover a concorrência leal; e um segundo, com vistas a disciplinar o exercício do poder econômico, como forma de resguardar a própria existência e eficácia da concorrência nos mercados.

Deste ponto em diante, a análise terá como objeto essa segunda perspectiva: o micro-sistema do direito antitruste, que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência.

Capítulo 1:

Direito antitruste e suas formas de atuação

A regulação do poder econômico tradicionalmente é tratada sob duas perspectivas distintas: de um lado a análise das estruturas de mercado, e de outro a análise das condutas praticadas pelos agentes detentores de poder econômico.

No Brasil, a regulação sob a perspectiva estrutural é desempenhada pelo CADE através da supervisão dos atos de concentração empresarial que possam resultar em

concentrações artificiais de poder de mercado. Essa análise estrutural do mercado tem por finalidade impedir atos de concentração que impliquem na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante, ou ainda que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

É preciso lembrar que, como já se disse, o direito antitruste engloba e coordena uma série de valores fundamentais, que incluem mas não se restringem à preservação da livre concorrência. Isso significa que, em determinados casos, a autoridade administrativa poderá cancelar uma redução no nível de concorrência de determinado mercado, se a operação puder proporcionar um incremento de eficiência econômica e bem-estar social capaz de compensar a restrição concorrencial. Assim, poderão ser aceitos os atos que proporcionem (i) aumento da produtividade, (ii) melhora na qualidade de bens/serviços, (iii) maior eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico — isso desde que haja garantia de que parte relevante de tais benefícios sejam repassados aos consumidores finais.

Nesse sentido, o art. 88 da lei n. 12.529/11 determina a submissão ao CADE de qualquer ato de concentração econômica em que, cumulativamente (i) pelo menos um dos envolvidos tenha registrado em seu último balanço anterior à operação um faturamento bruto anual, ou volume de negócios total no País, equivalente ou superior a R\$400 milhões; e (ii) pelo menos um dos envolvidos na operação tenha registrado em seu último balanço anterior à operação um faturamento bruto anual, ou volume de negócios no país, equivalente ou superior a R\$30 milhões.

Quaisquer atos de concentração empresarial que se enquadrem na hipótese acima descrita deverão necessariamente ser apresentados para apreciação do CADE, e não poderão ser consumados antes de concedida a aprovação pela autoridade administrativa. O CADE poderá ainda, em até um ano de sua realização, requerer a submissão de outros atos de concentração empresarial que não atendem aos requisitos acima listados.

De outro lado, a regulação sob a perspectiva das condutas é realizada pela autoridade administrativa através da supervisão constante dos mercados para identificação de possíveis práticas contrárias à ordem econômica. Em âmbito administrativo, a supervisão das condutas é hoje realizada pela Superintendência-Geral do CADE, que

realiza o monotonicamente constante das atividades no mercado; eventuais suspeitas de práticas contrárias à ordem econômica são investigadas através de inquéritos administrativos instaurados pela própria Superintendência e encaminhadas para apreciação perante o plenário do CADE.

Esse controle administrativo das condutas poderá resultar em determinação para o cessamento da prática anticoncorrencial, e ainda na imposição de uma ou mais dentre as seguintes penalidades: (i) multa às empresas envolvidas, que poderão variar entre 0,1% e 20% do faturamento bruto da empresa (grupo ou conglomerado, se o caso), referente ao ramo de atividade em que se deu a infração, registrado no último exercício anterior à instauração do processo administrativo; (ii) multa às pessoas físicas e associações (e outros entes que não exerçam atividade empresarial) envolvidas, a ser fixada entre R\$50 mil e R\$2 bilhões; (iii) multa aos administradores responsáveis pela infração, quando comprovada sua culpa ou dolo, a ser fixada entre 1% a 20% da multa aplicada à referida empresa; (iv) publicação custeada pelo infrator, em meia página de jornal indicado pelo CADE, do extrato da decisão condenatória por dois dias seguidos de uma a três semanas consecutivas; (v) a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações na administração pública federal, estadual, municipal e do Direito Federal, bem como entidades da administração indireta por prazo não inferior a cinco anos; (vi) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (vii) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que (a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito, e (b) não seja concedido ao infrator o parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte incentivos fiscais ou subsídios públicos; (viii) a cisão de sociedade, transferência forçada de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; (ix) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos; (x) qualquer outra providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O controle de condutas poderá ainda ser realizado através da atuação dos próprios agentes de mercado, seja através da apresentação de denúncias à autoridade administrativa, seja através do ajuizamento de ações judiciais; estas poderão ser manejadas pelo particular prejudicado para requerer uma ordem judicial determinando a cessação da prática

anticonpetitiva e também para postular a condenação do infrator ao pagamento de indenização pelos danos causados.

Essa, em breves linhas, a estrutura geral das formas de regulação do poder econômico através do direito antitruste.

Capítulo 2:

Atribuições do Sistema de Defesa da Concorrência

Até mesmo com base nas considerações feitas no item anterior, pode-se tratar quatro principais atribuições que deverão ser desempenhadas por qualquer sistema de defesa da concorrência, e que igualmente são observadas na legislação brasileira, a saber: de prevenir a concentração injustificada e artificial do poder econômico, de reprimir o exercício abusivo do poder econômico, de educar a sociedade no sentido de construir uma cultura pró-concorrência, e finalmente a de reparar os prejuízos sofridos pelas vítimas de eventuais infrações contra a ordem econômica.

Prevenção. A primeira finalidade a ser atendida pelo sistema de defesa da concorrência é de natureza preventiva: através da supervisão estrutural, evitar a criação artificial de estruturas tendentes à dominação de mercados. Exerce, evidentemente, um papel de extrema relevância na defesa da concorrência, atuando sobre o processo constante de concentração empresarial com vistas a evitar a concentração injustificada de mercados. É importante frisar a ressalva com relação à concentração “*injustificada*”, pois muitas vezes o processo de concentração empresarial poderá resultar em economias de escala (tendo como exemplo as indústrias nas quais o maior volume de produção permite um melhor aproveitamento dos insumos) e escopo (como nos casos em que o subproduto de determinada linha de produção possa ser diretamente aproveitado na produção de outros bens) que acabem por conferir maior eficiência ao processo de alocação de recursos, fomentando o bem-estar social.

Historicamente, o exame preventivo estrutural vem sendo o principal foco de atuação do CADE, até mesmo em razão do critério legislativo de submissão obrigatória visto anteriormente.

Essa função, no Brasil³⁵, está reservada estritamente à autoridade administrativa, de modo que a única atuação por parte dos demais agentes de mercado se dá através da prestação de informações solicitadas pelo CADE a respeito do mercado em análise. Mesmo a atuação do Judiciário, nesses casos, restringe-se ao reexame de eventuais ilegalidades formais no desenvolvimento do processo administrativo que leve à reprovação de determinada operação ou que eventualmente imponha restrições à operação em vias de ser realizada.

Repressão. Dentre as principais atribuições de qualquer sistema de defesa da concorrência, juntamente com a função preventiva, destaca-se a finalidade repressiva, esta diretamente ligada à supervisão das condutas praticadas no mercado. Tem-se aqui o acompanhamento, monitoramento e combate das práticas empresariais que possam caracterizar-se como infrações à ordem econômica, nos termos dos artigos 20 e 21 da antiga lei n. 8.884/94, e do art. 36 da novel lei n. 12.529/11.

Mais especificamente, tem-se por objetivo, aqui, fazer cessar as infrações em curso, com a punição dos infratores, de modo a desestimular a reiteração da conduta contrária ao ordenamento concorrencial.

Muito embora não tenha sido este o principal foco de atuação do CADE ao longo da última década, o combate às práticas anticompetitivas vem ganhando espaço, especialmente com relação à repressão às práticas colusivas horizontes para ajustes de preços e quantidades de oferta — pode-se notar, entretanto, que outras modalidades de práticas restritivas da concorrência e mesmo outras formas colusão continuam sem receber a mesma atenção que lhes é dispensada por autoridades administrativas de outros países. Como visto acima, um dos principais objetivos da recente reforma legislativa em matéria antitruste foi justamente o de conferir maior celeridade aos exames de estruturas de modo a conferir maior atenção ao exame de condutas — e, conseqüentemente, à função repressiva.

³⁵ Ressalva-se apenas que, nos Estados Unidos há margem para atuação privada mesma em se tratando do controle de estruturas, como se observa em: ROYALL, M. Sean; e DI VICENZO, Adam J. When Mergers Become a Private Matter: An Updated Antitrust Primer. In: Antitrust, vol 26, n. 2, 2012, pp. 41-46.

Educação. Ainda entre os objetivos consagrados da política de defesa da concorrência tem-se a criação de uma cultura da concorrência, o que se dá em diferentes níveis.

Em primeiro lugar, tem-se, como reflexo da atuação repressiva/punitiva, a definição e delimitação acerca das condutas de mercado reputadas como válidas e aceitáveis e aquelas que caracterizam a infração à ordem econômica. Em outras palavras: através do exercício constante da defesa da concorrência, firma-se uma interpretação das normas concorrenciais, esclarecendo para o mercado as condutas que devem ser evitadas.

Esclareça-se que, se sob a perspectiva do infrator enquanto agente individual a defesa da concorrência se exerce através da imposição de multas, para o mercado, a função educativa é exercida também através da definição clara acerca da licitude e ilicitude de determinadas práticas negociais. Vale dizer: para o mercado, tão importante quanto o valor das multas (e, portanto, da dimensão do risco a ser assumido na prática de eventual conduta anticoncorrencial) é a sinalização eficaz das condutas a serem evitadas³⁶.

Tem-se, assim, que um dos principais - senão o principal - fator de influência aqui (função educativa) é a clareza da jurisprudência antitruste acerca da aceitação ou reprovação de determinadas condutas à luz do ordenamento concorrencial. Quanto mais clara for a posição da jurisprudência (seja ela administrativa ou judicial), maior será sua penetração e difusão no meio empresarial.

Em segundo lugar, há ainda a finalidade de aproximar o ordenamento concorrencial da população, educando-a para os conceitos e regras fundamentais dessa disciplina, até mesmo como forma de facilitar a identificação de práticas anticompetitivas.

³⁶ Inicialmente, a questão poderia até parecer supérflua, especialmente à luz da conjuntura brasileira, em que a repressão é exercida basicamente sobre as práticas colusivas de ajuste de preços/oferta, sem atingir práticas mas sofisticadas e com efeitos mais sutis, como se observa na prática norte-americana. Entretanto, mesmo nesses casos pode-se constatar exemplos de agentes que aparentemente não dispunham do nível de informação adequado acerca da disciplina antitruste.

Cita-se aqui o caso do Cartel das Britas, que somente foi “descoberto” e coibido porque os próprios integrantes do cartel submeteram o acordo horizontal para aprovação do Conselho nos moldes das demais práticas de cooperação/ concentração empresarial. Não se fala aqui que os agentes envolvidos desconheciam os efeitos nocivos de sua prática ao mercado, mas certamente desconheciam os critérios utilizados pela autoridade antitruste para caracterização de cartéis; caso soubessem, é evidente que o acordo jamais teria sido submetido voluntariamente ao Conselho.

Reparação. Por fim, há ainda um último objetivo a ser atingido por uma política de defesa da concorrência para sanear as distorções de mercado: promover a efetiva reparação dos particulares prejudicados pela infração cometida ao ordenamento antitruste.

Esta perspectiva da defesa da concorrência, por vezes negligenciada (e não apenas no Brasil, cabe frisar), reveste-se de grande importância, especialmente nos casos em que os danos são concentrados em um único agente, sem que haja a possibilidade de sua dispersão no mercado como um todo.

Essa, por exemplo, foi a situação observada chamado Cartel dos Frigoríficos, onde os principais frigoríficos acordaram entre si um preço máximo a ser pago aos produtores agropecuários; estes últimos, por sua vez, sendo os produtores primários daquela indústria, não tiveram para onde repassar os danos sofridos, sendo obrigados a absorver a integridade do prejuízo.

Vale lembrar que, em casos como esse, o prejuízo direto suportado por poucos agentes, há influência direta no planejamento de investimentos de produção, contratação/dispensa de funcionários, bem como na qualidade dos produtos. Tais condutas acabam gerando, com isso, não apenas efeitos quantitativos imediatos às vítimas diretas, mas também efeitos de natureza qualitativa (indiretos) e estrutural para o mercado, os quais podem ser ainda mais nocivos do que os simples prejuízos financeiros.

Capítulo 3:

O enforcement do antitruste enquanto instrumento de políticas públicas

Não se desconhece, é evidente, que o direito antitruste exerce um papel de eliminação, ou de contenção, de eventuais incorreções e efeitos autodestrutivos da conduta dos agentes econômicos, garantindo em certa medida a higidez e a sustentabilidade do próprio mercado.

No entanto, de acordo com as considerações traçadas no início deste trabalho, a concorrência não é tratada pela Constituição como fim em si mesma, mas sim como instrumento para realização de objetivos maiores: o desenvolvimento nacional e a justiça social. Como visto anteriormente, mesmo a concorrência sendo tratada como princípio-fim da atividade estatal (norma programática), ela deve ser coordenada com os demais valores elencados nos incisos do art. 170, e sempre para realização dos objetivos fundamentais da ordem econômica.

É necessária, portanto, uma composição entre os valores que informam e balizam o desenvolvimento da ordem econômica, e esse processo deve ser realizado de acordo com o momento histórico e social. Em outras palavras, a depender da conjuntura, a liberdade de concorrência poderá ser restringida para que se confira maior envase a outro dos valores fundamentais, como a proteção do consumidor ou do meio-ambiente.

Seguindo linha semelhante, FORGIONI (2012) observa que o recente desenvolvimento do direito antitruste demonstra a defesa da livre concorrência não pode ser encarada como fim em si mesma, mas sim aplicada de acordo com o momento histórico e econômico, no sentido de promover e consolidar o desenvolvimento social. Em outras palavras, a autora defende que os institutos do direito antitruste não devem ser entendidas como entidades absolutas, mas sim como instrumentos para implementação de políticas públicas.

A análise do desenvolvimento histórico do moderno direito concorrencial não deixa qualquer dúvida a esse respeito: é exatamente o momento histórico e a conjuntura econômica e social que determinarão a rigidez na aplicação dos regramentos do direito antitruste.

Assim, a depender do momento histórico e da necessidade social, o Estado poderá fomentar (ou permitir) a concentração do poder econômico de modo a viabilizar uma agenda de desenvolvimento de determinados mercados que seria inviável em um cenário de concorrência pulverizada e com rígida aplicação do controle estrutural. Do mesmo modo no contexto das condutas, em que determinadas espécies de práticas, a princípio contrárias à concorrência, acabam sendo toleradas, como é caso dos cartéis de exportação ou ainda dos chamados cartéis de crise (nos quais a colusão horizontal é utilizada para

evitar que, em um cenário de crise, a concorrência efetiva e desesperada no setor leve à quebra generalizada dos agentes daquele mercado).

Essas são apenas algumas das varias alternativas de que dispõe o Estado — e que historicamente foram e continuam sendo utilizadas — para conduzir o desenvolvimento dos mercados. Relembrando ASCARELLI, os cartéis foram tidos como acordos lícitos em determinados períodos históricos. Na Alemanha, até recentemente eram perfeitamente aceitáveis os contratos de cartel — sendo vedado apenas o exercício abusivo de seu poder econômico³⁷.

Mesmo o cenário norte-americano não escapa a essa definição: praticamente todo o processo de estruturação econômica dos Estados Unidos se deu através da formação e exploração dos primeiros grandes *trusts*. Foram os primeiros grandes monopolistas — tolerados e muitas vezes até mesmo incentivados pelo Estado — os responsáveis pela estruturação industrial e financeira do país, provendo uma infra-estrutura até então inexistente. Historicamente, foi somente após essa estruturação da indústria e da economia que teve início o processo de combate aos *trusts* e o incentivo ao desenvolvimento de um ambiente competitivo.

E não se trata apenas de um sopesamento conjuntural acerca dos princípios gerais da ordem econômica, pois a prática estrangeira mostra casos em que esse sopesamento se dá entre as próprias atribuições do *enforcement* das leis antitruste. Veja-se, por exemplo, o caso norte-americano, em que a atribuição de reparar o dano acaba sendo restringida (com base em critérios de *standing* / legitimidade)³⁸ como forma de reforçar a função repressiva

³⁷ Também na idade média, esses acordos que inicialmente eram reprimidos em razão da vedação à usura, passaram a ser tolerados em razão de mudanças contextuais (arrefecimento da influência religiosa).

³⁸ Em breves linhas, a discussão tinha como contexto casos em que a vítima direta atingida pela infração (geralmente um cartel) repassava aos agentes à jusante na cadeia industrial o sobrepreço imposto pelo infrator. Ou seja, a estamparia de peças repassava à montadora o sobrepreço imposto pelo fornecedor de aço.

Desse cenário, duas questões fundamentais foram levantadas: (i) a possibilidade de a vítima indireta, no caso a montadora, postular a cobrança de indenização pelo sobrepreço que foi forçada a pagar; e (ii) a possibilidade de o repasse ser arguido como matéria de defesa pelo infrator, para reduzir o montante de indenização a ser pago para a vítima direta, no caso do exemplo, a estamparia.

O posicionamento consolidado pela jurisprudência, e com amplo apoio na doutrina de POSNER (2001), foi no sentido de negar ambas as possibilidades. Tomou-se como fundamento central que a vítima direta é aquela em melhores condições (a que detém maior grau de informação) para promover uma ação de sucesso contra o infrator. Com base nisso, entendeu-se que a aceitação das teses acima mencionadas levaria a uma redução do potencial repressor das ações movidas pelas vítimas diretas, que acabaria não sendo suprida por ações das vítimas indiretas.

do sistema; ou ainda, a revisão das normas de reparação com vistas a não desmotivar a utilização dos acordos de leniência.

Ainda hoje o direito antitruste aceita mercados extremamente concentrados e fechados quando a atividade, por sua natureza, demanda investimentos e potencial financeiro que não seriam viáveis em um cenário de maior concorrência (tome-se por exemplo o setor petroquímico, que em pouco menos de uma década passou por reiterados movimentos de forte concentração empresarial).

E não apenas isso. O arrefecimento da política de defesa da concorrência (especialmente o controle de estruturas) em momentos de instabilidade econômica é fato constantemente reprisado³⁹, partindo-se da premissa de que a concorrência poderia ser restringida em benefício da consolidação e do reforço das estruturas empresariais, como forma de se evitar os efeitos mais imediatos dos períodos de crise.

Sem adentrar no mérito da discussão econômica quanto à efetividade e o acerto de tais medidas, e do momento em que adotadas, o que se destaca aqui é que, sob uma perspectiva histórica, tanto a edição das normas antitruste como sua aplicação são permeadas pela noção de consecução do interesse social através da implementação de políticas públicas.

E como se disse, essa perspectiva mostra-se em perfeita consonância com o papel traçado pela Constituição Federal para a livre concorrência (instituição/instrumento da ordem econômica) e para sua tutela através da regulação do poder econômico.

O direito antitruste se apresenta, assim, como conjunto de instrumentos voltados à implementação de políticas públicas a fim de orientar o processo de desenvolvimento industrial, econômico, financeiro e social.

Ou seja, a vítima indireta, por dispor de menor grau de informação, e tendo maior dificuldade para comprovar a infração, tenderia a não ajuizar a ação. A função repressiva poderia, com isso, ser prejudicada. Dessa forma, optou-se claramente por restringir o acesso das vítimas à reparação, e tolerar eventual enriquecimento sem causa das vítimas diretas, como forma de garantir a função repressora.

³⁹ A título de exemplo, tome-se o forte processo de concentração no setor bancário observado a partir de 2002, após a quebra do Banco Lehman Brothers.

Capítulo 4:

O enforcement privado do direito antitruste

Item i:

Formas de atuação privada na aplicação do antitruste

Administrativa. Talvez a principal modalidade de participação dos agentes privados na defesa da concorrência nos sistemas focados na atuação estatal, a atuação no âmbito administrativo se dá através da apresentação de denúncias aos órgãos públicos de defesa da concorrência referentes a possíveis práticas anticoncorrenciais observadas no mercado.

Anota-se aqui que a atuação dos agentes privados na esfera administrativa costuma ser defendida mesmo pelos críticos de uma maior participação da iniciativa privada na defesa da concorrência — um dos principais argumentos da crítica, alias, seria justamente o de que a atuação no âmbito administrativo já seria suficiente para complementar a atuação puramente estatal.

Essa atuação indireta dos agentes privados, através da intermediação dos órgãos administrativos de defesa da concorrência, tem suas particularidades, podendo ser especialmente eficiente para promover a investigação de possíveis condutas anticoncorrenciais quando o próprio agente privado não dispuser de elementos suficientes para demonstrar efetivamente a ocorrência da infração.

No entanto, as debilidades dessa forma de atuação são auto-evidentes, na medida em que: (i) tal como todas as formas de atuação administrativa, não permite a reparação *in concreto* dos prejuízos e danos sofridos pelos particulares e; (ii) mostra-se ainda menos eficiente para os casos em que o particular já dispõe de instrumentos probatórios suficientes para a comprovação da alegada infração.

Dessa constatação, extrai-se que, apesar de cumprir com um papel considerável dentro de um sistema de tutela da concorrência, a atuação privada através da esfera administrativa não se mostra suficiente, podendo ser amplamente complementada pela atuação particular através do poder judiciário.

Judicial. Pretende-se destacar, aqui as principais modalidades de provimentos voltados à defesa da concorrência encontram-se à disposição dos particulares. Nesse sentido, tem-se que a verificação de uma infração à ordem econômica pode ser tratada através: (i) da reparação ou compensação dos danos e prejuízos sofridos pelos particulares; (ii) da imposição de uma obrigação de fazer ou não fazer, voltada ao afastamento do ilícito antitruste, nos casos em que este persistir no tempo⁴⁰; (iii) da negativa de vigência/eficácia às disposições contratuais em desconformidade com a legislação antitruste, ou cuja aplicação abusiva possa contrariar os regramentos concorrenciais.

Essa modalidade de atuação (especialmente na primeira hipótese) constitui o foco central deste trabalho, e será melhor analisada no correr dos próximos itens.

Item ii:

A racionalidade econômica do enforcement privado

Uma das mais recorrentes — senão a mais recorrente — críticas feitas à participação dos agentes privados na defesa da concorrência através das ações antitruste de iniciativa privada, está relacionada à finalidade individual do agente na utilização desses instrumentos judiciais. Sustenta-se, não sem inteira razão, que essas ações judiciais seriam

⁴⁰ A segunda vertente, da repressão voltada ao encerramento das práticas irregulares, também por ser exercida pelos particulares, através de medidas cominatórias, nas quais se pleiteia judicialmente a condenação do infrator na obrigação de fazer ou deixar de fazer determinada conduta, sob pena de multa. O manejo de ações cominatórias, combinadas com o sistema de tutelas de urgência (cautelares e antecipações de tutela) postos à disposição pelo ordenamento processual, pode permitir um resultado semelhante àquele observado na experiência norte-americana através das *injunctive reliefs*.

manejadas pelos particulares na defesa de seus interesses individuais, e não no interesse da coletividade, como se dá com a atuação do órgão administrativo⁴¹.

Acontece, no entanto, que essa crítica insiste em ignorar um dado econômico já observado desde a Antiguidade: o de que, nesses casos, a atuação do particular, na defesa de seus interesses individuais, acaba por gerar uma externalidade positiva, consubstanciada na defesa dos interesses da coletividade.

Relembra-se, a esse respeito, que já na antiga Atenas, era possível ao particular apresentar denúncia do descumprimento das regras do que se poderia chamar de regulação econômica de mercados sensíveis, como o de grãos. As denúncias que, ao final, se mostrassem providas de fundamento, resultariam na concessão de certos benefícios econômicos ao denunciante⁴². Dessa forma, o agente privado detinha um interesse particular (pecuniário) em exercer uma fiscalização efetiva sobre as condutas de mercado, o que resultava em uma ampliação da capacidade de monitoramento e investigação para além daquelas do órgão oficial.

Ademais, a lógica por de trás do modelo norte-americano (como será visto adiante) é exatamente essa: o particular prejudicado pelo ilícito tem um interesse individual e pessoal (financeiro) na investigação, persecução e condenação do infrator pelo ilícito - vez que lá a multa aplicada em sede de ação judicial é revertida diretamente ao prejudicado que ingressa com a ação.. Essa política, ao longo dos anos, levou ao desenvolvimento de uma série de escritórios especializados na investigação de condutas anticoncorrenciais — e nesse caso sequer se pode falar que a atuação privada acabou por complementar a o *enforcement* público, pois hoje as ações particulares superam consideravelmente as investigações promovidas pela anuidade administrativa.

É evidente que poderão haver tentativas de abuso e eventuais distorções com base na atuação privada através do Poder Judiciário. Quanto a isso não há qualquer dúvida. No entanto, esse fundamento não se presta para vetar ou desestimular (como se pretendeu em

⁴¹ Na realidade, a constatação não poderia ser mais óbvia pois, como visto anteriormente, mesmo a noção de função social da empresa não transforma as Companhias e os empresários em agentes públicos focados na promoção do bem comum. O objetivo da atividade particular é, em regra o proveito próprio; o que será tolerado pelo ordenamento quando não tiver o condão de produzir efeitos contrários aos valores fundamentais da ordem constitucional.

⁴² A história do primeiro caso antitruste de que se tem notícia é relatada por KOTSIRIS, Lambros E. An antitrust case in ancient greek law. In: GAVIL, Andrew I. (org.) An antitrust anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, pp. 1-5.

recentes debates travados no âmbito da União Europeia) a participação privada na aplicação do ordenamento antitruste. Como se passa a ver nos próximos itens, há de se buscar um ponto de equilíbrio, que permita extrair alguns dos benefícios dessa atuação privada, resguardando ao mesmo tempo contra possíveis abusos e distorções.

Capítulo 5:

Eficiência dos modelos de *enforcement* público / privado

Ao longo deste item, pretende-se analisar, com base em fundamentos de natureza econômica e também dados estatísticos colhidos da experiência estrangeira, o potencial de cada modalidade de defesa da concorrência para o atendimento das finalidades traçadas no item anterior. Nesse processo, serão analisadas as questões referentes à efetividade da defesa privada da concorrência, e à conveniência de seu incentivo, enfrentando-se os principais argumentos colhidos do debate travado no âmbito do direito comparado.

Item i:

Repressão: o problema da sanção ideal

Aspecto punitivo. Do ponto de vista empresarial, essa vertente repressiva/punitiva é exercida principalmente através das sanções de natureza econômica, sendo a multa a mais corriqueira delas — especialmente no Brasil, em que a prática de infrações contra a ordem econômica raramente terá o condão de resultar em condenações na esfera criminal.

Nesse sentido, tem-se propugnado que, para bem atingir essa finalidade, as multas devem corresponder: ao valor do benefício econômico extraído pelo infrator, acrescido de um multiplicador a ser calculado de acordo com o caso. Em outras palavras, a multa seria composta em dois momentos distintos: (i) em primeiro lugar, é preciso que garantir que o

infrator perca todo o proveito financeiro (lucro) decorrente da infração; e (ii) em segundo lugar, utiliza-se um multiplicador (estimado de acordo com as características do caso) a ser aplicado sobre aquele valor inicial.

A primeira etapa (ou parcela) tem por finalidade garantir que, ao final, a prática da infração não resulte em lucro para o infrator. Dessa forma, seria preciso estimar o proveito financeiro aferido com a prática (em caso de cartéis de preço, a soma do sobrepreço cobrado ao longo do período de vigência).

Entretanto, para que a multa cumpra com seu papel repressivo, de evitar a reincidência (e mesmo indicar para os demais agentes do mercado que o benefício da prática não compensa o risco de eventual multa) não basta apenas expropriar o lucro aferido com a infração. É preciso que a multa seja formada ainda por uma segunda parcela — e essa sim será efetivamente a punição (antes disso não houve punição, mas apenas a perda do produto do ato ilícito).

Exatamente aí entra a segunda etapa (parcela), para definir o montante correspondente à efetiva punição do infrator — geralmente, ele é definido na forma de um multiplicador que será aplicado sobre o valor aferido na primeira etapa⁴³ (lucro aferido x [multiplicador]). Esse cálculo leva em consideração dois elementos básicos: a probabilidade de a infração ser descoberta, e o tempo de duração da infração.

Assim, no caso de uma infração que possa ser facilmente detectada (e na qual, portanto, o risco de aplicação da multa é maior) utiliza-se um multiplicador menor; e do mesmo modo com infrações de menor duração. Entretanto, no caso de cartéis internacionais, nos quais há baixa probabilidade de descoberta da infração, e que se prolongam por vários anos, o multiplicador a ser utilizado tende a ser mais elevado.

Como se pode ver, a noção geral é bastante simples: a multa deve ser calculada em um patamar que torne a prática da conduta financeiramente desinteressante para o infrator (função repressora) e para qualquer outro agente do mercado (função educativa); há aqui uma relação direta entre benefício econômico da infração / probabilidade de punição / prejuízo econômico com a punição.

⁴³ Multa = (lucro aferido com a infração x [multiplicador])

Toma-se a título de exemplo um cartel internacional, que em média resultam em 25% de aumento de receitas para o infrator, com aproximadamente 40% de chance de serem descobertos, e que tradicionalmente se prolongam por uma média 6 anos.

Nesse exemplo, caso a multa se restringisse ao proveito financeiro da infração, o raciocínio econômico do agente seria o seguinte: 40% de chance de ao final de 6 anos não ter qualquer lucro adicional com a conduta, contra 60% de chance de obter 25% a mais de lucros ao longo de 6 anos. É evidente que aqui não haverá qualquer motivação para que o agente deixe de praticar a conduta anticompetitiva, na medida que não estará sujeito a nenhum prejuízo efetivo.

Será somente com a aplicação de um acréscimo sobre o valor daquele proveito financeiro — calculado com base na probabilidade de descoberta da prática, juntamente com seu período de duração — que esse raciocínio econômico poderá ser invertido.

A ideia, em síntese, é a tornar negocialmente desfavorável para o infrator a relação: benefício econômico da infração / probabilidade de punição / prejuízo econômico com a punição. Dentro desse contexto, a participação privada permite, de acordo com a escala em que adotada, ampliar o gravame econômico a ser suportado pelo infrator, tornando ainda mais economicamente desfavorável a equação.

No entanto, a quantificação da multa deve observar uma segunda preocupação, diametralmente oposta à primeira: o superdimensionamento da multa. Da mesma forma como uma multa insignificante tem efeitos negativos no mercado (incentiva a prática de infrações), a punição demasiadamente elevada também poderá gerar efeitos nocivos, com base no mesmo raciocínio econômico traçado nas linhas anteriores.

Isso é, o potencial prejuízo decorrente de determinada infração pode se tornar tão elevado, que os agentes podem passar a evitar até mesmo condutas lícitas e eficientes. Adotando como exemplo uma prática de vendas casadas: caso a expectativa de punição seja demasiadamente elevada, é possível que o agente passe a evitar até de realizar promoções com temporárias de dois ou mais de seus produtos, com receio do prejuízo que poderá lhe ser imposto caso a prática venha a ser considerada como uma infração.

Há, portanto, uma fundada preocupação de que a punição exagerada acabe por coibir práticas lícitas e eficientes para o mercado. Daí a necessidade de um justo dimensionamento da multa, de modo a reprimir adequadamente a prática de infrações, sem comprometer as condutas benéficas ao mercado.

Dentro deste contexto, o sistema de ações privadas apresenta uma desvantagem significativa: é impossível garantir a aplicação das multas nesse patamar ideal, na medida em que não se pode determinar o número de vítimas que ingressarão com ações judiciais, nem tampouco o número de ações que serão julgadas procedentes (e em especial, o número de condenações que serão liquidadas a contento).

A crítica ao modelo norte-americano bem dá exemplo dessa preocupação: existiriam infrações cujas vítimas não recorrem ao judiciário – de modo que a condenação do infrator se torna excessivamente baixa –, e existiriam, do mesmo modo, casos em que o número de ações judiciais acaba tornando a condenação muito mais gravosa do que a “medida ideal”.

Nesse contexto, cumpre reconhecer que, ao menos em tese, a autoridade administrativa, em julgamento uno da matéria, está muito melhor equipada para garantir a aplicação de uma sanção mais próxima da ideal.

Remoção do ilícito. O segundo instrumento de mais importância para a defesa privada do ordenamento antitruste, como se viu no exemplo norte-americano (e também a experiência alemã), diz respeito às chamadas tutelas de afastamento ou remoção do ilícito, que se caracterizam, basicamente, por instrumentos capazes de fazer cessar a conduta anticoncorrencial — ou, adaptando-se a famosa definição de CHIOVENDA, fazer cessar o estado de fato contrário ao direito concorrencial.

Cumprir lembrar que, mesmo nos casos em que a autoridade antitruste é investida de poderes para fazer cessar as condutas anticoncorrenciais que cheguem à sua apreciação, é evidente que essas autoridades não dispõe de recursos para monitorar o mercado como um todo. Ainda com o auxílio dos agentes privados através de denúncias, como ocorre no Brasil, o fato é que a estrutura desses entes estatais jamais será capaz de suportar a demanda acaso as infrações de pequeno porte — cujos efeitos se fazem notar de modo

mais sensível nos pequenos e médios empresários, e, portanto, na base da pirâmide econômica — sejam levadas à sua apreciação.

Em um cenário de escassez de recursos, como mostra a experiência internacional, uma alternativa inteligente é a de incentivar a utilização das ações judiciais privadas para o afastamento dos ilícitos de menor potencial, a fim de que o órgão administrativo possa focar suas atenções e recursos na investigação e persecução administrativa dos ilícitos de maior monta, cujos prejuízos sociais são mais sensíveis. Essa atuação, como se sustenta na Alemanha, produz efeitos principalmente sobre os pequenos e médios empresários, cujo acesso ao órgão concorrencial centralizado, ademais, é mais restrito — para não dizer materialmente inviável —, em face dos custos envolvidos⁴⁴.

Item ii:

Educação: formação de uma cultura da concorrência

Afirmou-se previamente que o atendimento da função educativa depende não apenas do valor das multas impostas aos infratores, mas também da clara difusão de uma jurisprudência em matéria antitruste; em outras palavras, é preciso estabelecer e difundir para o mercado e para a sociedade quais os critérios utilizados na apreciação de condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, a ampliação do número de ações judiciais privadas voltadas à tutela da concorrência poderia, ao aproximar o direito da concorrência não apenas das empresas de pequeno porte, mas também dos consumidores, promover uma maior difusão do conhecimento acerca do ordenamento concorrencial. Consolidar-se-ia, assim, a cultura da concorrência ao aproximá-la do cotidiano dos pequenos empresários e consumidores —

⁴⁴ Conforme relatado por WURMNEST, Wolfgang. A new era for private antitrust litigation in Germany? A critical appraisal of the modernized law against restraints of competition, in German Law Journal, col 06, n. 08, 2005, pp. 1173-1190.

tornando-os, inclusive, mais aptos para reconhecer e denunciar condutas contrárias à legislação concorrencial.

Essa perspectiva otimista, no entanto, encontra seu contraponto em uma discussão mais pragmática: se, por um lado, compete ao Judiciário a interpretação e aplicação da lei — não se podendo afastar-lhe a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos —, por outro, é notório o caráter eminentemente econômico do direito antitruste, matéria com a qual o Judiciário tem pouquíssima familiaridade. Nesse contexto, a indagação que se destaca é: a quem deveria, afinal, competir a definição acerca da legalidade ou ilegalidade de determinada conduta econômica, ao Judiciário, ou ao CADE?

No cenário atual, em face da independência entre a esfera administrativa e a judicial, poder-se-ia ter uma situação em que determinada conduta fosse considerada lícita ao fim de processo administrativo no âmbito do CADE, e, ao mesmo tempo, reputada contrária ao ordenamento antitruste pelo Judiciário no âmbito de uma ação privada. É, portanto, necessário atentar para um potencial risco de insegurança jurídica relacionado com a multiplicação do número de ações antitruste privadas.

Item iii:

Reparação: a tutela específica das vítimas

Tradicionalmente, as multas aplicadas pelos órgãos antitruste em decorrência da condenação por uma infração concorrencial destinam-se ao Fundo de Defesa de Interesses Difusos. As multas aplicadas, dessa forma, não são revertidas, diretamente, às vítimas prejudicadas pela infração. Nesse sentido, o único instrumento efetivamente à disposição das vítimas prejudicadas pela infração, para ver compensado os prejuízos sofridos, é a ação indenizatória perante o Judiciário.

A não promoção da função reparadora acaba por gerar, na prática, uma situação de profunda iniquidade: houve a punição do infrator, mas os prejuízos sociais concretos oriundos da infração restam ignorados. Nesse passo, verifica-se que a preocupação com a reparação dos prejuízos, desde sempre prestigiada pelo direito antitruste norte-americano,

vem recebendo especial atenção também por parte da Comissão Européia, e não passou despercebida pelo legislador brasileiro.

Como afirmado desde a introdução, a reparação integral dos danos é tida hoje como premissa básica e fundamental tanto do regime jurídico da responsabilidade civil como do próprio direito processual moderno. Há verdadeiro consenso quanto à necessidade de se promover a reparação dos prejuízos causados por prática ilícitas — os danos decorrentes de infrações da ordem econômica, evidentemente, não são exceção, como disposto no próprio art. 47 da lei n. 12.529/11.

Capítulo 6:

Observações de direito comparado

Item i:

Contribuição do direito norte-americano

Não se questiona que o direito norte-americano foi, e continua sendo, a maior fonte para o desenvolvimento do direito antitruste, servindo de inspiração não apenas para o direito brasileiro. No entanto, essa influência do pensamento antitruste norte-americano se restringe ao âmbito do direito material, não havendo a mesma difusão do modelo norte-americano quanto à estruturação do sistema de combate às infrações anticoncorrenciais, ou mesmo para o aspecto procedimental do modelo norte-americano de defesa da concorrência, o qual está calcado, em grande medida, na atuação dos agentes privados através de ações judiciais particulares.

Em um contexto de escassez de recursos da Administração Pública, o Congresso Nacional norte-americano, em 1890, ao editar o Sherman Act, estabeleceu, em sua Seção

7, a participação da iniciativa privada, através de ações indenizatórias, como complemento à persecução pública dos ilícitos antitruste.

Não se tratou, porém, de uma ação indenizatória comum. Dispôs a Seção 7 do Sherman Act que “*qualquer pessoa que sofra prejuízos em seus negócios ou propriedade em razão de qualquer conduta proibida pelas leis antitruste poderá processar em qualquer Corte dos Estados Unidos, no distrito em que o réu resida ou em que se encontre seu representante, independente do valor da causa, e deverá receber três vezes os danos suportados, bem como os custos do processo, inclusos honorários advocatícios despendidos*”⁴⁵. Em 1914, com a edição do Clayton Act, essa “ação de danos triplos” (a chamada “*tremble action for damages*”) foi mantida, na Seção 4 do novo diploma legislativo.

A principal peculiaridade do sistema norte-americano, assim, é o sistema de tutela privada das normas concorrenciais: o legislador norte-americano reservou papel fundamental à iniciativa privada na defesa da ordem concorrencial. E essa opção do legislador participação privada na defesa da concorrência se mostra evidente em face da previsão da chamada *treble action for damages* (aqui traduzida como “ação por danos triplos”): o particular prejudicado por uma infração antitruste tem a prerrogativa de pleitear em juízo uma indenização correspondente: (i) ao valor do prejuízo; (ii) aos gastos despendidos com o processo; bem como (iii) uma multa correspondente a 200% do valor dos prejuízos apurados.

O incentivo gerado por essa multa de 200% do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que promoveu um grande desenvolvimento do sistema de *enforcemnt* privado da concorrência, levantou uma série de discussões a respeito da conveniência desse instrumento no âmbito maior de uma política pública de defesa da concorrência, e, especialmente, de um sistema equilibrado de defesa da livre concorrência.

De acordo com o quanto previsto na Seção 4 do Clayton Act, pode-se estabelecer as características principais dessa “ação de danos triplos”, a saber: (i) a demanda será julgada por júri popular; (ii) o valor arbitrado pelo júri a título de indenização será

⁴⁵ No original: “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”.

automaticamente triplicado pela Corte; e (iii) o autor, vencedor, faz jus a ser reembolsado pelos valores despendidos com as despesas do processo e honorários de seu advogado.

Como se vê, o modelo desenhado pelo legislador norte-americano reverte em favor do prejudicado, autor da ação, a integralidade do valor da multa imposta ao infrator (que corresponderá a três vezes o prejuízo sofrido), incentivando, assim, os agentes privados a fiscalizar a conduta de seus concorrentes e demais agentes do mercado. Com isso, multiplica-se o número de agentes fiscalizadores do mercado — com o acréscimo dos agentes privados —, suprimindo eventuais deficiências da atuação do Poder Público.

Soma-se ao remédio indenizatório, ainda, o conjunto de tutelas de urgência (“injunctive reliefs”) postos à disposição dos agentes privados para impedir ou fazer cessar os danos advindos de uma conduta contrária à legislação antitruste – conforme previsão da Seção 16 do Clayton Act: “*qualquer pessoa, sociedade, corporação ou associação poderá acionar e obter tutela de urgência, em qualquer corte dos Estados Unidos com jurisdição sobre as partes, contra ameaças de perdas ou danos em razão de infrações às leis antitruste*”⁴⁶.

É oportuno observar, porém, que mesmo os grandes incentivos dispostos na lei para o ajuizamento dessas ações não tiveram efeitos imediatos, pois ao menos no início, os particulares continuaram receosos de se utilizar da via judicial para combater os ilícitos concorrenciais. Assim que, até 1940, mesmo a “ação de danos triplos” já sendo expressamente prevista em lei há praticamente meio século, registrava-se apenas 175 processos dessa natureza, e, desses, apenas 13 chegaram a um julgamento de mérito. Mesmo entre os anos de 1945 e 1951, apesar de se observar um crescimento no número de ações privadas; foi somente a partir de 1959, com a consagração das chamadas “*follow on actions*”⁴⁷ — ações privadas ajuizadas após a previa condenação obtida pela autoridade

⁴⁶ No original: “Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws”

⁴⁷ Nessa oportunidade, firmou-se o entendimento de que não seria razoável impor ao particular o ônus de provar a materialidade e a autoria do ilícito antitruste quando estes já tenham sido demonstrados e comprovados pelo Poder Público em procedimento próprio.

Vale dizer: tendo o réu sido condenado em procedimento movido pelo Poder Público, caberá ao particular prejudicado demonstrar apenas os prejuízos sofridos e o nexo de causalidade entre o ilícito antitruste e esse prejuízo – semelhante ao que ocorre, no Brasil, com as condenações criminais, por força do quanto disposto pelo art. do Código Penal.

pública — pela jurisprudência, que o número de ações indenizatórias tornou-se realmente significativo.

Na estrutura do sistema norte-americano de defesa da concorrência, portanto, a participação dos agentes privados é alçada a uma posição de destaque — verdadeiramente um dos pilares da defesa da concorrência naquele país. Segundo a própria *Federal Trade Commission* — encarregada de fiscalizar eventuais infrações à legislação concorrencial —, muitas vezes a utilização das ações privadas tornam até mesmo desnecessária a atuação do ente público.

Como se observa na experiência norte-americana, o processo de investigação de eventuais ilícitos antitruste é extremamente custoso (e isso em uma etapa anterior ao próprio procedimento de *discovery*) — um investimento de alto risco, pois não apenas não há garantia de que serão encontrados indícios suficientes de infração, como também de que tais indícios irão culminar em uma condenação. No modelo americano, o multiplicador aplicado sobre o valor da condenação provê um maior equilíbrio entre as despesas com a persecução privada e o potencial ganho do agente privado ao final do processo.

Tem-se assim, em um primeiro momento, como benefícios da defesa privada da concorrência nos Estados Unidos, não apenas a economia de recursos públicos na investigação e persecução de diversos casos, mas também a possibilidade de o Poder Público focar seus esforços na investigação e desmembramento de infrações de maior porte — como grandes cartéis, nacionais e internacionais. Em um segundo momento, porém, essa atuação da iniciativa privada através das “ações de danos triplos” acabou por tomar uma dimensão maior do que aquela inicialmente prevista, passando a ensejar graves preocupações ao longo dos anos, quanto às possíveis distorções geradas pelo sistema eminentemente privado de aplicação das normas de defesa da concorrência — isto é, a preocupação com a possibilidade de certos casos resultarem em uma punição insignificante ao passo que em outros haveria a possibilidade de uma punição acima do limite ideal.

Item ii:

Contribuição da recente discussão na Comunidade Europeia

O processo de desenvolvimento da defesa da concorrência no âmbito da União Européia apresentou uma inovação significativa com a edição do Regulamento 01/2003, pelo Conselho da União Européia, com a previsão de uma fiscalização e aplicação descentralizada do ordenamento antitruste Comunitário (artigos 4º a 6º) — artigos 81 e 82 do Tratado.

Reconheceu-se, nas considerações preliminares do novo regulamento, que o modelo centralizado do antigo Regulamento n. 17 havia se tornado inadequado para garantir uma supervisão simplificada e eficaz dos mercados em âmbito comunitário. Com o Regulamento 1/2003, a Comissão Europeia adotou um sistema descentralizado, repartindo a competência para aplicação do ordenamento antitruste Comunitário com os Tribunais dos Estados-Membros e as autoridades antitruste locais.

Esse novo modelo atribui aos Tribunais nacionais o papel de complementar a atuação da Comissão, enfrentando os litígios entre os particulares, definindo e salvaguardando direitos subjetivos. Na prática, as Cortes nacionais acabariam por assumir o julgamento das infrações de menor complexidade, nas quais não seria necessário um grande esforço investigativo. Dentro desse novo desenho do sistema de defesa da concorrência Europeu, poderia a Comissão concentrar seus recursos e esforços na investigação e persecução das infrações mais graves e complexas.

Em meio a esse contexto de reformas, despontou ainda uma segunda preocupação, até então pouco prestigiada no âmbito Comunitário, mas que passou a orientar grande parte da atuação da Comissão Europeia em matéria antitruste: o tratamento das vítimas das infrações. Atentou-se, então, para a necessidade de se conferir às partes prejudicadas pelas infrações um instrumental capaz de lhes assegurar a reparação dos prejuízos sofridos.

Na realidade, essa preocupação se mostra diretamente ligada ao intuito de descentralização do controle concorrencial: as ações antitruste privadas (seja buscando uma indenização, seja buscando o afastamento de uma conduta ilícita) deverão corresponder a parcela significativa dos casos levados à apreciação das Cortes nacionais em matéria antitruste.

Constatou-se, assim, que não bastava o Regulamento 1/2003 estabelecer a competência concorrente dos Tribunais nacionais para aplicar as normas dos artigos 81 e 82 do Tratado. Era necessária, conjuntamente, uma revisão estrutural para garantir a efetividade do processo de descentralização. Em outras palavras: era preciso criar condições, e incentivos, para que os agentes privados acionassem seus respectivos Judiciários locais, pois somente assim os Tribunais nacionais poderiam exercer a competência que lhes fora atribuída pelo Regulamento 1/2003.

Partindo dessa premissa, a Comissão Europeia deu início ao estudo dos possíveis entraves para o desenvolvimento das ações antitruste privadas, bem como de possíveis alternativas para mitigá-los — tendo, evidentemente, como principal fonte de inspiração, a experiência norte-americana.

Nesse intento, o primeiro passo significativo foi concluído em dezembro de 2005, com o lançamento do “Livro Verde sobre as ações de indenização decorrentes da violação das regras comunitárias de direito antitruste”: um dos primeiros documentos oficiais da Comunidade Europeia a endereçar os principais problemas referentes ao desenvolvimento de um contencioso antitruste privado em âmbito europeu. A edição deste primeiro documento oficial, acompanhado de seus documentos de trabalho, foi acompanhada de um primeiro processo de consulta pública, na qual se registrou a participação e colaboração de mais de centenas entidades.

Com a revisão das contribuições apresentadas, e aprofundamento dos estudos sobre a realidade da defesa da concorrência no âmbito nacional dos Estados-Membros — tendo sido levantada amplo material estatístico referente a cada Estado-Membro —, foi então editado o “Livro Branco sobre as ações de indenização decorrentes da violação das regras comunitárias de direito antitruste”, em 2011. Neste segundo documento (também complementado por seus documentos de trabalho) foram compiladas as preocupações centrais e as principais sugestões para o amadurecimento do sistema privado de defesa da concorrência⁴⁸.

⁴⁸ O primeiro, e talvez mais controvertido ponto debatido ao longo das consultas públicas abertas pela Comissão Europeia diz respeito, justamente, à conveniência de se incentivar o ajuizamento de ações privadas, e, conseqüentemente, de se desenvolver um contencioso antitruste privado. Ou seja: uma parcela significativa das manifestações contestava justamente uma das principais premissas da reformas realizada pelo Parlamento Europeu, a de que os Tribunais nacionais, através da provocação dos agentes privados, deveriam assumir um papel de relevo no sistema europeu de defesa da concorrência. A análise das críticas

Talvez o principal traço observado ao longo de todo o debate travado no âmbito da União Europeia tenha sido a forte rejeição ao modelo norte-americano, calcado primordialmente na atuação privada. Propostas como a inclusão de multiplicador sobre o valor da multa (como forma de incentivo à utilização da ação) e adoção de um sistema *class actions* foram prontamente rejeitadas pela Comunidade Europeia. Dessa forma, a conclusão firmada foi no sentido não de incentivar propriamente a utilização das ações privadas, mas de buscar remover alguns dos principais entraves para sua utilização.

Assim, após nova compilação do material produzido, em junho de 2011, a Comissão Europeia encaminhou um novo passo concreto para o desenvolvimento do sistema privado, apresentando o “Projeto de documento de orientação sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização com base nas infrações dos artigos 101 ou 102 do Tratado”.

Um segundo ponto de extrema relevância foi a proposta no sentido de introduzir novos mecanismos de acesso à documentação contábil dos possíveis infratores. Mesmo aqui, no entanto, rejeitou-se a adoção de uma alternativa semelhante à *discovery* norte-americana — na qual basta que sejam alegados fatos verossímeis que possam ser enquadrados como infrações concorrenciais para que a parte seja obrigada a fornecer a documentação. A sugestão apresentada (e que poderá ser incorporada pelos membros da Comunidade Europeia) adota uma corrente mais cautelosa, de modo que caberia ao particular demonstrar e comprovar a fundada suspeita de que houve uma conduta anticoncorrencial, com previa análise pelas Cortes Nacionais, para que somente então fosse determinada a exibição de documentos por parte dos suspeitos de praticar a infração.

Trata-se, evidentemente, de um debate ainda em andamento, mas que anuncia um processo de desenvolvimento das ações indenizatórias com fundamento em infrações ao ordenamento antitruste.

apresentadas revela alguns pontos centrais: (i) uma aversão à experiência norte-americana com ações antitruste privadas; (ii) a crença na ineficiência do sistema de ações privadas para atender às principais finalidades do direito antitruste; (iii) os riscos de desequilíbrio do sistema, com a possibilidade de se criar um sistema de penalidades desarrazoadas sobre os infratores. Essas críticas, incorporadas ao trabalho da Comissão no tocante às possíveis medidas práticas a serem adotadas, não alteraram, no entanto, a principal premissa desse aspecto reforma: a de que é possível, e desejável, a complementaridade da atuação estatal em conjunto com a atuação privada na tutela da concorrência.

Item iii:

Notas sobre a contribuição do direito comparado

Muito embora a ação civil indenizatória seja um instrumento amplamente difundido em nosso direito (possivelmente um dos mais frequentemente na prática judiciária), a sua utilização como instrumento de uma política pública de defesa da concorrência ainda é incipiente.

Esse modelo de *enforcement* privado do antitruste é, sem qualquer dúvida, uma proposição inspirada no direito norte-americano, e, como tal, requer maiores ponderações ao ser adaptada ao direito local — advertência semelhante foi amplamente encampada pelos membros da Comissão Europeia quando da formulação de seu Livro Branco sobre matéria.

A primeira, e principal distinção que deve ser levada em consideração diz respeito ao estágio de evolução do sistema de defesa da concorrência.

Isso porque, como visto anteriormente, a opção pelo modelo de *enforcement* privado, no direito norte-americano, veio em um momento histórico em que o se enfrentava uma grande pressão social contra os grandes *trusts* e a condução abusiva de seus negócios; ao mesmo tempo, tinha-se um Estado que não dispunha de recursos e estrutura necessária para promover a defesa da concorrência pela via pública. Tal especificidade — bem como os traços marcantes do sistema judicial de *common law* — está na raiz do desenvolvimento do sistema norte-americano de defesa da concorrência.

Uma segunda distinção fundamental está relacionada às funções a serem desempenhadas pela condenação imposta Judiciário. No modelo norte-americano, tem-se um cenário pensado para que a atuação privada na investigação e persecução dos ilícitos antitruste fosse suficiente para coibir a parcela mais representativa dos ilícitos antitruste. Ou seja, para a grande maioria dos casos, não apenas a investigação caberia aos particulares, como também a definição da penalidade final ficaria a cargo do resultado das ações privadas intentadas — daí a previsão legal de um multiplicador para o arbitramento das indenizações, para que estas correspondam a três vezes o valor do prejuízo sofrido pela parte.

Como se observa nesse modelo, a função primordial da ação privada é garantir a repressão das infrações concorrenciais, e não propriamente a reparação das vítimas. Exemplo claro dessa perspectiva está no tratamento dado aos casos em que o prejuízo sofrido pela vítima direta é repassado e diluído a outros agentes do mercado: adotou-se, exatamente como política pública, o entendimento de que a punição dos infratores seria mais importante do que a reparação das vítimas indiretas e o eventual enriquecimento sem causa das vítimas diretas que tenham repassado o prejuízo sofrido ao mercado⁴⁹.

Esse contexto histórico, bem como essa necessidade social, não são observados no atual estágio de desenvolvimento das defesas da concorrência no Brasil e na Europa. Muito pelo contrário: em ambos os casos, tem-se sistemas já estruturados e desenvolvidos, perfeitamente operantes, e já capazes de oferecer uma resposta à demanda social pela defesa da concorrência⁵⁰.

Não se cogita, assim, que o agente privado, através de sua busca individual junto ao judiciário, deva ter papel de destaque no sistema de defesa da concorrência tal qual se observa no sistema americano — essa conclusão, firmada após os debates no âmbito da Comissão Europeia, aplica-se perfeitamente ao cenário brasileiro.

⁴⁹ Em breves linhas, a discussão tinha como contexto casos em que a vítima direta atingida pela infração (geralmente um cartel) repassava aos agentes à jusante na cadeia industrial o sobrepreço imposto pelo infrator. Ou seja, a estamparia de peças repassava à montadora o sobrepreço imposto pelo fornecedor de aço.

Desse cenário, duas questões fundamentais foram levantadas: (i) a possibilidade de a vítima indireta, no caso a montadora, postular a cobrança de indenização pelo sobrepreço que foi forçada a pagar; e (ii) a possibilidade de o repasse ser arguido como matéria de defesa pelo infrator, para reduzir o montante de indenização a ser pago para a vítima direta, no caso do exemplo, a estamparia.

O posicionamento consolidado pela jurisprudência, e com amplo apoio na doutrina de POSNER (2001), foi no sentido de negar ambas as possibilidades. Tomou-se como fundamento central que a vítima direta é aquela em melhores condições (a que detém maior grau de informação) para promover uma ação de sucesso contra o infrator. Com base nisso, entendeu-se que a aceitação das teses acima mencionadas levaria a uma redução do potencial repressor das ações movidas pelas vítimas diretas, que acabaria não sendo suprida por ações das vítimas indiretas.

Ou seja, a vítima indireta, por dispor de menor grau de informação, e tendo maior dificuldade para comprovar a infração, tenderia a não ajuizar a ação. A função repressiva poderia, com isso, ser prejudicada. Dessa forma, optou-se claramente por restringir o acesso das vítimas à reparação, e tolerar eventual enriquecimento sem causa das vítimas diretas, como forma de garantir a função repressora.

⁵⁰ De um lado, a União Europeia dispõe tanto de órgãos ligados à Comissão Europeia quanto das autoridades antitruste dos estados membro, já estruturadas técnica e financeiramente, e capazes de desempenhar a contento a função de investigar e combater as violações à ordem concorrencial. De outro lado, também o Brasil conta com um sistema já estruturado, que vem ganhando experiência no campo do controle de condutas.

Esse, aliás, o entendimento adotado pelo próprio legislador nacional, que manteve praticamente inalterada a redação do art. 29 da lei 8.884/94 (atual art. 47 da lei n. 12.529/11), descartando alterações no sentido de conferir maiores incentivos à persecução privada dos ilícitos antitruste. Dessa forma, ainda que haja expressa previsão formal autorizando ao particular o manejo da ação antitruste privada, houve nítida opção legislativamente sentido de não lhe conferir papel de destaque na repressão às condutas anticoncorrenciais — na medida em que não haverá o incentivo econômico para uma atuação privada independente⁵¹.

Capítulo 7:

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Item i:

Considerações sobre o histórico do direito antitruste no Brasil

No Brasil, os primeiros diplomas legislativos voltados à disciplina do poder econômico tinham como principal elemento motivador a defesa da econômica popular. Essa tendência passou a ser modificada apenas a partir do trabalho do então Ministro da Justiça Agamemnon Magalhães, responsável direto pela promulgação do Decreto-Lei n. 7.666/45 (lei malaia); esse o primeiro texto legislativo preocupado com a sistematização da noção de abuso de poder econômico, e introduzindo duas modificações fundamentais: deslocando o tratamento da matéria da esfera criminal para a esfera administrativa (com a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica — parente distante do atual CADE), e alterando o foco da regulação legislativa, que passava da “proteção da economia

⁵¹ Evidente que o particular que disponha de elementos hábeis a demonstrar uma infração à ordem econômica —ou que se disponha a investiga-la, mesmo sem uma contrapartida direta por esse investimento — poderá tanto apresentá-las à autoridade administrativa para instauração da investigação pública, como também mover a ação privada, que independe do processo administrativo.

popular” para a “proteção da economia nacional”. Como anota FORGIONI (2012), a lei malaia apresentava entre seus traços mais marcantes a repulsa do Ministro Agamemnon ao modelo norte-americano de atuação através da iniciativa privada.

Assim como se observou em todos os demais ordenamentos, a edição de uma nova legislação restringindo a atuação do poder econômico gerou forte oposição de diversos agentes econômicos. No Brasil, essa pressão levou à revogação da lei malaia pouco menos de três meses após sua promulgação (fato influenciado diretamente também pelo fim do estado novo e do governo Vargas).

Evidente que mesmo esse retrocesso inicial não alterou a necessidade crescente de dar tratamento legislativo ao tema do poder econômico, sobre a qual se debruçou o legislador em 1962, com a promulgação da Lei n. 4.137, que em determinados aspectos aprimorava o conteúdo da revogada lei malaia. O novo diploma dispôs sobre as práticas que poderiam caracterizar o abuso de poder econômico, tratando-as através de um rol exemplificativo (e não mais taxativo, como se dava até então), e criando o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência para apurar e reprimir tais práticas. Posteriormente, em 1991, com a promulgação da Lei n. 8.158 foi criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico com o objetivo de agilizar e melhor estruturar a análise e apuração das práticas abusivas.

Entretanto, apesar de sua criação em 1962, a atuação do CADE ao longo de mais de 20 anos foi praticamente inexistente⁵², cenário só alterado pela edição da Lei n. 8.884/94 que trouxe nova estrutura institucional para o órgão, conferindo-lhe condições efetivas de desempenhar as funções previstas na lei⁵³. Com a edição da lei de 1994, o CADE passou a exercer efetivamente a função de regulação e fiscalização do poder econômico, atendendo a três funções essenciais: *“reprimir práticas anticompetitivas (função repressiva), controlar as estruturas de mercado (função preventiva) e difundir a*

⁵² Isso até mesmo porque a missão institucional do CADE era até então contraditória com as políticas econômicas do regime militar e dos primeiros anos da Nova República, fundadas no controle de preços, no protecionismo comercial, no tabelamento de preços e com acentuada intervenção estatal no domínio econômico. Somente a partir da década de 90, com a liberalização da economia e o processo de abertura dos mercados, que levaram à adoção do modelo de regulação setorial (e criação das agências reguladoras), a defesa da concorrência passou a ser efetivamente tratada como elemento fundamental.

⁵³ LIMA, Ruy Afonso de Santacruz. Política antitruste no Brasil: A atuação do CADE. Revista Archétypon. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, Ano 8, n. 22, 2000, p. 02.

cultura da concorrência (função educativa). Essas funções convergem para o objetivo de assegurar a manutenção de um ambiente concorrencial na economia brasileira”⁵⁴.

A legislação de 1994 tratou ainda de prever expressamente a possibilidade de o particular utilizar-se de ações judiciais (individuais ou coletivas) com o objetivo de fazer cessar eventuais infrações da ordem econômica que lhe estejam causando prejuízos, bem como para obter a indenização pelos prejuízos sofridos. Afasta-se assim o repúdio inicial à iniciativa privada observado no projeto de Agamemnon Magalhães, sem no entanto se aproximar do modelo norte-americano de tratar a ação privada com finalidade precípua de reprimir condutas anticoncorrenciais. A lei nacional adota posição intermediária, permitindo ao particular o acesso ao Judiciário para afastar/reparar seus próprios prejuízos — tendo aqui ainda o benefício reflexo (externalidade positiva) de auxiliar as autoridades administrativas no controle das práticas anticompetitivas.

Após mais de quinze anos de aplicação da lei n. 8.884/94 pelo CADE, pode-se apontar como resultados positivos: (i) a consolidação junto ao público do controle das concentrações empresariais e do combate aos cartéis, (ii) o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE, e (iii) o aumento da atuação do Ministério Público em matéria antitruste⁵⁵. Evidente que tanto o controle de concentrações como o controle de condutas ainda necessitam de maior desenvolvimento — e a reforma introduzida pela lei n. 12.529/11 tem exatamente essa finalidade —, mas é inequívoco que a atuação do CADE ao longo dos últimos quinze anos aproximou o direito antitruste ao cotidiano do público e geral, e especialmente do empresariado.

A reforma introduzida pela lei n. 12.529/11 manteve praticamente intacto as normas de direito material, tendo como maiores destaques as alterações das normas procedimentais e de estruturação e organização do próprio CADE. Nesse sentido, destacam-se como principais alterações: (i) a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a redução de atribuições da SEAE, a incorporação da SDE à estrutura administrativa do próprio CADE e ampliação dos recursos materiais à disposição do SBDC; (ii) a introdução de um sistema de controle de concentrações *ex ante*, em substituição ao sistema *ex post* adotado pela lei n. 8.884/94; (iii) o aumento do poder de

⁵⁴ Idem, p. 01.

⁵⁵ Esse o balanço traçado por FORGIONI (2012) quanto à aplicação da lei n. 8.884/94. (Ob. cit., p. 122)

investigação da Administração Pública; e (iv) a modificação da fórmula de cálculo das multas administrativas por infrações da ordem econômica.

Alguns dos principais traços da reforma instituída pela lei n. 12.529/11 tiveram como premissa a constatação de que ao longo desses quinze anos de atuação efetiva, o SBDC focou sua atenção principalmente na estruturação de seu sistema de controle de concentrações, deixando em segundo plano a investigação e o controle efetivo de condutas. Dessa forma, a reforma legislativa teve como grande preocupação a reestruturação do SBDC e a simplificação dos procedimentos referentes ao controle de concentrações, a fim de conferir maior atenção ao controle de condutas.

Com a alteração legislativa, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passa a ser formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. O CADE, por sua vez, passa a ser integrado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Dessa estrutura, participam ainda, de forma auxiliar, a Procuradoria Federal e o Ministério Público Federal. A SEAE exerce ainda a chamada advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade, promovendo a defesa livre concorrência, opinando sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados ao tema, propondo a revisão de leis, decretos e regulamentos, manifestando-se sobre pedidos de revisão de tarifas e realizando estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, para subsidiar as decisões de órgãos governamentais.

Entretanto, mesmo com as mudanças trazidas na última reforma legislativa, continuará havendo uma dificuldade natural para que o SBDC exerça a contento uma fiscalização efetiva sobre as práticas de mercado em uma país com dimensões continentais como é o caso do Brasil; daí porque FORGIONI (2012) afirma que a efetiva tutela do direito antitruste reclama uma atuação conjunta do SBDC, do Ministério Público e do Judiciário, como forma de superar os efeitos dessa adversidade natural⁵⁶.

Essa, aliás, e como visto, um dos principais ponto de partida politicamente considerados em países que passaram a de alguma forma incentivar a tutela do direito

⁵⁶ Ob. cit., p. 125.

antitruste através de ações privadas dos particulares prejudicados pelas infrações concorrenciais.

Item ii:

Modelo de enforcement adotado pela legislação nacional

No tocante à finalidade punitiva e repressiva do *enforcement* da lei antitruste, é curioso observar que a lei antitruste de 94 foi particularmente prodigiosa em suscitar discussões quanto aos parâmetros elencados no art. 23 para arbitramento da multa administrativa a ser imposta aos infratores. E essas discussões somente se acirraram no âmbito da novel lei n. 12.529/11

De um lado, sempre se observou posicionamentos no sentido de que as sanções previstas na lei seriam demasiadamente elevadas, podendo gerar consequências devastadoras aos sancionados (chegando-se até mesmo a cogitar se tratar de uma espécie de confisco). De outro, em reiteradas oportunidades argumentou-se que a base de cálculo sobre o faturamento de um único exercício tornava a punição demasiadamente branda, sobretudo nos casos em que mais penoso a estimativa do proveito econômico auferido pelo infrator.

No entanto, é importante observar que grande parte dos estudos empíricos realizados em âmbito internacional apontam para a insuficiência dos critérios legais disponíveis para a definição das multas em matéria antitruste — segundo esses estudos, em muitos casos envolvendo cartéis internacionais a somatória das multas aplicadas em diferentes jurisdições ficou até mesmo abaixo do nível de benefício financeiro obtido pelos infratores.

E o cenário nacional não é exceção a essa tendência: observa-se, como exemplo, o caso do Caso White Martins⁵⁷, no qual o critério legal com base no faturamento da

⁵⁷ Comentado por 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, Edição Especial Retrospectiva/2003, pp. 32-55.

empresa no último exercício mostrou-se nitidamente insuficiente, tendo sido necessária a utilização do critério do art. 23, inc. I da lei n. 8.884/94 (mantido na novel lei n. 12.529/11), segundo o qual a multa não poderia ser inferior ao proveito econômico do infrator com a conduta anticompetitiva. Vale dizer que, também no Brasil as multas impostas não cumprem com uma função efetiva de punir os infratores.

E nesse contexto, a reforma promovida pela lei n. 12.529/11 somente agravou essa situação, ao alterar o critério para o cálculo da multa para: *“0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”*.

Ainda que se considere que o *enforcement* do direito antitruste se apresenta como um instrumento para implementação de políticas públicas, mostra-se um efetivo contrasenso que a lei de um lado proíba a conduta infracional, mas de outro não apresente um mecanismo adequado para a punição dessa conduta. Afinal, de nada adianta o simples reconhecimento de que determinadas práticas atentam contra os valores e objetivos maiores da ordem econômica sem prover instrumentos para sua efetiva repressão.

Capítulo 7:

Conclusão parcial

Item i:

O acerto parcial da opção legislativa quanto aos modelos de enforcement

De acordo com o quanto apresentado nos itens anteriores, conclui-se aqui que o legislador nacional acertou quanto à definição do modelo de *enforcement* das normas do

direito antitruste: reservou o exercício da função punitiva para a autoridade administrativa centralizada, teoricamente melhor equipada para impor uma sanção mais próxima do patamar ideal. Reservou à atuação privada a ação indenizatória (bem como as ações voltadas à remoção do ilícito) de modo a viabilizar o exercício da reparação dos prejuízos, bem como permitindo um maior contato dos particulares com o ordenamento antitruste.

A opção por esse modelo se justifica ainda enquanto reflexo do atual estado de desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já estruturado e capacitado para o exame e repressão das condutas anticompetitivas.

Nesse contexto, não haveria justificativa plausível para uma aproximação maior do modelo norte-americano, especialmente porque o *enforcement* com ênfase na atuação privada traz consigo uma série de incertezas, na medida em que a efetiva persecução e punição, no modelo de *enforcement* privado, dependerá (i) do efetivo exercício do direito de ação, (ii) da capacidade da parte demonstrar seus prejuízos, e, consequentemente, seu direito à indenização, e (iii) ao arbitramento desses prejuízos pelo Judiciário. Dessa forma, um sistema de *enforcement* eminentemente privado deixaria a defesa da concorrência exposta a um grau de incerteza inaceitável — onde a efetividade da repressão estaria condicionada aos interesses da iniciativa privada e à capacidade dos agentes privados de demonstrar os prejuízos sofridos. Essa elevada incerteza pode ser observada na experiência norte-americana, onde infrações semelhantes podem receber tratamentos extremamente desiguais, em razão do número de demandas ajuizadas e da capacidade do particular de apresentar em juízo seus prejuízos. Vale dizer: se apenas um ou dois agentes prejudicados se insurgirem contra a infração através da ação privada, ou se não lograrem demonstrar adequadamente os prejuízos sofridos, a repressão da conduta através da via privada estará prejudicada.

Daí o acerto da opção legislativa nacional, pois a repressão deverá ser exercida pela autoridade administrativa independentemente do resultado das eventuais ações privadas. Nesse contexto, o *enforcement* centralizado na atuação da autoridade administrativa apresenta uma vantagem essencial, de garantir que a suspeita de infração será investigada, e ainda, que haverá maior probabilidade de um arbitramento ideal da pena a ser imposta — de acordo com a orientação da política pública de defesa da concorrência em voga.

Soma-se a esse, ainda, outro fator relevante, referente ao grau de especializada do órgão julgador, na medida em que não existem cortes judiciais reservadas ao direito antitruste, pelo que as ações privadas necessariamente serão julgadas por cortes não especializadas. A questão, já sensível para o direito empresarial em geral, ganha contornos ainda mais dramáticos no antitruste, na medida em que não apenas as discussões travadas apresentam alto grau de complexidade técnica, mas especialmente porque a análise das demandas antitruste é marcada pela forte presença de imbricadas discussões envolvendo teoria econômica.

Essa particularidade faz com que a autoridade administrativa, integrada também por economistas, mostre-se melhor equipada para aplicação do direito antitruste em sua vertente punitiva. Mais do que isso, o elevado impacto das decisões antitruste sobre a formulação da estratégia empresarial dos agentes econômicos faz com que a autoridade administrativa especializada se apresente como sede mais indicada para aplicação do direito antitruste em sua vertente repressiva — de modo a garantir que cumpra com a orientação firmada pela política pública de defesa da concorrência em vigor.

É preciso lembrar que o exercício da função repressiva é um dos mais importantes instrumentos de implementação da política pública de defesa da concorrência. A autoridade administrativa, nesse contexto, dada sua maior sensibilidade para identificar a orientação da política pública estatal, mostra-se também como o foro mais apropriado para aplicação da vertente repressiva do direito da concorrência.

Entretanto, é preciso anotar aqui a discordância quanto à recente alteração legislativa no tocante à fórmula de cálculo das multas administrativas: como se disse, de nada adianta reconhecer os efeitos nocivos das infrações contra a ordem econômica sem conferir à autoridade administrativa instrumentos efetivamente capazes de reprimi-las. Tal como realizada, a reforma retira parcialmente do CADE a possibilidade de aplicar com maior rigor a defesa da concorrência, reduzindo assim a margem de atuação das políticas públicas de defesa da concorrência. Mais produtiva, e coerente, teria sido a opção legislativa em conceder maior liberdade ao CADE para a fixação das penalidades administrativas de acordo com as particularidades do caso concreto.

Item ii:

Notas sobre a possibilidade de composição da atuação pública e da atuação privada no enforcement do direito antitruste

Como já se anunciou anteriormente, a hipótese com a qual se trabalha na primeira metade deste estudo é no sentido da possibilidade (altamente desejável, frise-se) de que o sistema privado de aplicação das normas antitruste, por suas características, apresenta grande potencial - observadas algumas condições - de complementar o sistema público ou estatal.

Reconhece-se, nesse passo, que um modelo puramente privado de tutela da concorrência resultará em distorções insanáveis - decorrente da impossibilidade de se regular efetivamente o valor da punição pecuniária a ser aplicada ao infrator -, indesejáveis socialmente pelos motivos já aventados anteriormente,

Não se trata, portanto, de advogar em prol de nenhum desses sistemas puros, mas sim, como pretende a Comissão Europeia, buscar compô-los e compatibilizá-los, de acordo com suas próprias características. Uma composição e organização adequada desse instrumental pode resultar num incremento significativo na consecução das finalidades acima referidas, reprimindo, em uma de suas facetas, a prática de infrações à ordem econômica, compensando os prejuízos porventura causados em razão dessas infrações, e promovendo a maior dispersão e aprofundamento de uma cultura da concorrência.

Dentre os críticos da utilização conjunta dos mecanismos de persecução privada, tradicionalmente se afirma, como anota CONNOR (2006)⁵⁸, que um sistema dual (com participação pública e privada) apenas acidentalmente resultaria na aplicação da sanção ideal ao infrator.

Essa proposição, no entanto, reflete muito mais uma deficiência dos mecanismos de persecução pública — e aqui fala-se muito com relação ao aparato legal do que propriamente a atuação do órgão público encarregado —, do que da alegada instabilidade e imprevisibilidade das ações privadas.

⁵⁸ CONNOR, John D. Optimal deterrence and private international cartels. Working paper; Purdue University, 2006. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=787927>; acesso em 20.12.2013.

Nesse sentido, estudos recentes demonstram que na grande maioria dos casos envolvendo cartéis internacionais, a somatória das penalidades impostas aos infratores sequer correspondeu ao valor à totalidade (estimada) dos sobrepreços cobrados pelo cartel; isto é, mesmo com as penalidades milionárias aplicadas em diferentes jurisdições, chega-se ao resultado de que a prática ilícita deu lucro. Nos poucos casos analisados em que o valor das condenações impostas superaram o proveito econômico dos infratores, o fator decisivo foram as ações privadas movidas em território norte-americano⁵⁹.

Em grande medida, esse fato se deve às restrições legais tradicionalmente impostas ao órgão público para fixação do valor da condenação, como ocorre no caso da Comissão Europeia e também do CADE. A legislação brasileira prevê, ao menos, que o valor da condenação não deverá ser inferior ao proveito econômico aferido pelos membros do cartel com sua prática anticoncorrencial; ainda assim, não há como se falar em repressão se a condenação se limita a retirar do infrator o lucro decorrente de sua conduta ilícita, sem lhe impor qualquer penalidade efetiva.

Como visto em item anterior, a doutrina econômica afirma que a penalidade ideal corresponderia ao valor do proveito econômico do infrator acrescido de um multiplicador (este resultante da relação entre a duração da prática e da probabilidade de sua identificação e repressão pela autoridade competente). Assim, de um lado o infrator estará fadado a perder o valor correspondente ao proveito econômico gerado pela infração (e para esse fim pouco importa se perderá tais valores para um fundo estatal ou se para o particular prejudicado), e de outro receberia uma efetiva penalidade (referente ao multiplicador aplicado) com função de reprimir a reiteração da prática; essa a estrutura ideal para que a persecução privada cumprisse da forma desejada com sua função repressora.

Nesse contexto, poder-se-ia falar em verdadeira composição entre a atuação pública e privada, no sentido de as condenações impostas aos infratores em sede de ações privadas (correspondentes ao valor do prejuízo causado pela prática) fossem abatidos do valor da penalidade administrativa até o valor correspondente ao proveito econômico gerado pela infração; haveria aqui um balanço garantindo tanto o exercício da função repressiva como da função compensatória em níveis ideais.

⁵⁹ A esse respeito CRANE, A. Daniel. Optimizing private antitrust enforcement. In: Vanderbilt Law Review, vol. 63:3, 2010, pp. 675-723. E também SABBATINI, Pierluigi. Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust, Working paper disponível em : http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2428-ven-0212intervento-sabbatini.html; acesso em 13.01.2014.

Essa, no entanto, não é a realidade reportada nas análises estatísticas consultadas — que, como visto, apontam para condenações significativamente inferiores aos níveis tratados como ideais pela doutrina econômica. Nesse cenário, tem-se que as ações privadas terão a função não apenas de prover efetiva reparação aos agentes atingidos pelas práticas anticoncorrenciais, mas também a de efetivamente complementar a função repressiva promovida pela atividade estatal. No atual contexto legislativo, a utilização das ações privadas em matéria antitruste se mostra necessária como forma de complementar a função repressiva do *enforcement* do antitruste.

Título III:

A infração da ordem econômica no regime da responsabilidade civil

Capítulo 1:

Regime geral da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é tratada em nosso ordenamento como fonte de obrigações (inserida no Livro I do Código Civil)⁶⁰ e encontra na figura do dano sua pedra angular; trata-se, como afirma GONÇALVES (2009, p. 35) de uma reação provocada pela infração a um dever preexistente que resulta em dano a um terceiro⁶¹. Trata-se de matéria que vem ganhando destaque à medida em que se consolida a tendência moderna de não permitir que a vítima de um ato ilícito seja deixada sem o ressarcimento de seus prejuízo.

Nesse sentido, a regra geral instituída pelo art. 927 do Código Civil estabelece que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo; com base nessa disposição legal é que se desenvolve a matéria da responsabilidade civil⁶².

É a partir desse ponto que se passa à questão de definir o ato ilícito que dará ensejo ao dever indenizar. Nos termos do Código Civil, esse poderá ser caracterizado: pela ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem (CC, art. 186); ou ainda o exercício de direito que exceda manifestamente os

⁶⁰ Segundo afirma GOMES (2011, p. 33 e 50), as obrigações provenientes de atos ilícitos não possuem conteúdo diverso das demais, oriundas de fontes diversas; a obrigação de reparar danos tem como objeto prestação especial, que consiste no ressarcimento dos prejuízos causados a uma pessoa por outra ao descumprir obrigação contratual ou praticar ato ilícito. Ao objeto dessa obrigação dá-se o nome de “indenização”. (Gomes, Orlando. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33 e 50)

⁶¹ E complementa: “(...) ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil, 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.)

⁶² Ob. cit., p. 35.

limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187).

Diante de tais bases, costuma-se afirmar que a responsabilidade civil terá quatro pressupostos básicos: uma ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, o dano suportado pela vítima, e a relação de causalidade.

CARVALHO SANTOS (1947, p. 16) anota que a culpa (em sentido lato, abrangendo tanto o dolo como a culpa em sentido estrito) é o substrato que qualifica a ilicitude do ato que viola obrigação ou dever preexistente⁶³. Fala-se aí do elemento subjetivo que vincula o ato voluntário praticado ao dano suportado pela vítima⁶⁴: a ação ou omissão voluntária que intencionalmente viola obrigação ou direito ensejando o dano caracteriza o dolo; ao passo que a negligência, a imperícia e a imprudência demarcam a culpa em sentido estrito⁶⁵.

⁶³ Segundo o autor:

“Ato ilícito é o fato violador de obrigação ou dever preexistente, que o agente podia ou devia observar. Seu substractum é a culpa. Esta o qualifica. O ato ilícito acarreta, de si só e originariamente, o vínculo da obrigação. São seus requisitos objetivos: o ato contra direito, isto é, praticado de maneiro ilícita; o resultado danoso; a relação causal entre ele e o dano. Os requisitos subjetivos consistem na imputabilidade e no procedimento culposo. Os dois elementos subjetivos se ligam tão estreitamente que o segundo não pode existir sem o primeiro. E o conceito de imputabilidade é o de capacidade, forjada nestes elementos: inteligência, liberdade e vontade. Assim, é lição de Savatier, não há ato ilícito sem culpabilidade, como não há culpabilidade sem imputabilidade. De forma que a culpa pressupõe, não só a violação de dever como também a possibilidade de observá-lo, noção que postula necessariamente a liberdade humana.” (Santos, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro, vol. V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 16)

⁶⁴ GONÇALVES (2013, p. 322) anota que:

“Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico — o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante —, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado.” (GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol 3, 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322)

E nessa mesma direção: CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.

⁶⁵ Nas palavras de RIZZARDO (2013, p. 3):

“Ao mencionar ação ou omissão voluntária, está conceituando, ou introduzindo a definição de dolo; falando em negligência ou imprudência classifica a culpa. De um lado, envolve o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado; de outro, a vontade é dirigida ao fato causador do dano, mas o resultado não é querido pelo agente. Há a falta de diligência em se observar a norma de conduta.” (Rizzardo, Arnaldo. Responsabilidade Civil, 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 3)

Se a aferição teórica do dolo, que intenciona o descumprimento do dever jurídico em sentido lato, não apresenta dificuldades significativas, o mesmo não se pode dizer quanto à culpa. A caracterização da negligência, imperícia ou imprudência depende de prévia definição de uma base comparativa, um modelo de conduta juridicamente exigível à luz do qual se possa analisar o ato; de acordo com GONÇALVES (2013, p. 321), “*o critério para aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do homo medius, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precariamente evita o perigo*”.

O ato ilícito ainda poderá ser caracterizado pelo exercício abusivo de um direito (costumeiramente referido apenas como “abuso de direito”) — definido como o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes —, que resulte em dano a terceiro; esse também ensejará o dever de indenizar. GOMES (2011, p. 33), ao tratar da questão sob a égide do Código Civil de 1916, afirmava que o abuso de direito constitui causa geradora de obrigações, ao lado dos atos ilícitos, com os quais não se confunde, mas dos quais se aproxima pela similitude dos efeitos⁶⁶; no entanto, exatamente em razão dessa similitude no plano dos efeitos, optou o legislador por enquadrar o abuso de direito como modalidade de ato ilícito (CC/02, art. 187).

Observa-se, outrossim, que o parágrafo único do mencionado art. 927 do Código Civil autoriza também a responsabilidade civil independentemente de culpa, nos casos especificados por lei, ou quando o dano decorra do exercício de atividade que, por sua própria natureza, implique em risco aos direitos de outrem; desde logo cabe ressaltar que lei poderá prever não apenas casos em que haverá a obrigação de indenizar mesmo sem culpa do agente, como também casos em que um ato poderá ser caracterizado como ilícito independentemente de dolo ou culpa.

Tem-se assim que, muito embora esteja prevista na regra geral da responsabilidade civil, a culpa (seja em sentido lato, seja em sentido estrito) não é elemento indispensável para definição do dever de indenizar; o mesmo, porém, não se pode dizer do dano e do nexo de causalidade.

⁶⁶ Ob. cit., p. 33.

Como já se adiantou, a figura do dano é o elemento central da teoria da responsabilidade civil; a base a partir da qual será construído o dever de indenizar, pois, como afirma GONÇALVES (2013, p. 363), “*embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano*”⁶⁷. E isso simplesmente porque, como anotado por GOMES (2011, p. 91), “*a relação obrigacional entre o agente e vítima tem como conteúdo a pretensão do prejudicado à reparação do dano; daí por que, ausente o dano, não há como se falar em reparação, e consequentemente, em responsabilidade civil*”⁶⁸. Admite-se, inclusive, a existência de ato ilícito, com violação da esfera jurídica, sem que haja necessariamente o dever indenizar; isso desde que não haja prejuízo efetivo, seja ele patrimonial ou moral⁶⁹.

Para os fins deste trabalho, interessam os danos patrimoniais, que, de acordo com ORGAZ (1967, p.43-44), apresentam-se pela lesão ao patrimônio, caracterizado como conjunto das relações jurídicas de caráter econômico, suscetíveis de apreciação pecuniária; compreendem aí tanto a depreciação de uma relação patrimonial já existente (dano emergente), como os efeitos restritivos sobre a aptidão de geração futura de vantagens econômicas (lucros cessantes)⁷⁰. Faz-se necessário, pois, a demonstração do abalo à esfera patrimonial (e não apenas jurídica), para a caracterização do dano indenizável.

Mas não basta apenas a verificação do dano, sendo indispensável a demonstração da relação de causalidade direta entre o ato ou omissão e o abalo patrimonial, na medida em que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato do ilícito (CC, art. 403); em outras palavras, é imprescindível o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Dentre as diversas teorias já formuladas para conceituação do nexo causal, o legislador nacional optou pela causalidade direta e imediata, de modo que, como esclarece

⁶⁷ E vai além, para esclarecer que a “ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator.” (ob. cit, p. 363).

⁶⁸ Ob. cit., p 91.

⁶⁹ Da lição de ALVIM (1965, p. 171-172) extraí-se que:

“Em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interesse o estudo do dano indenizável.” (ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, 3a Ed. Rio de Janeiro: Jurídica Universitária, 1965, p. 171-172.)

⁷⁰ ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 43-44.

RIZZARDO (2013, p. 19), "*importa visualizar a causa primeira que desencadeia a consequência. Se a culpa inicial não desempenhou um papel suficientemente decisivo na consumação do dano, ou se ausente a culpa inicial não adviria a lesão, o autor não responde pela cadeia de prejuízos remotos e ocorridos após o evento*"⁷¹.

Em outras palavras, é preciso examinar se a ação ou omissão correspondeu à causa efetiva e direta do dano suportado pela vítima, não se configurando hipótese de responsabilidade civil quando o ilícito se apresenta como causa meramente remota do prejuízo⁷².

Esses, assim, os pressupostos básicos para caracterização da responsabilidade civil que serão utilizados a seguir na análise das infrações à ordem econômica.

Capítulo 2:

O ilícito concorrencial

Item i:

particularidade do ilícito concorrencial

Traçadas as linhas gerais do microssistema de responsabilidade civil, cabe agora conjugá-las às particularidades do microssistema do direito antitruste, para que ao final se possa chegar à responsabilidade civil decorrente de infração da ordem econômica.

⁷¹ RIZZARDO, Arnoldo. Ob. cit., p. 19.

⁷² De acordo com TUHR (2007, p. 61):

“Ha de tratarse siempre de daños que sean realmente consecuencia del acto ilícito o de la infracción contractual, ya que entre el hecho que es fuente de responsabilidad y el perjuicio cuya indemnización se reclama tiene que mediar la relación de causa y efecto: es el requisito a que suele darse el nombre de conexión causal” (Tuhr, A. Von. Tratado de las obligaciones, Tomo I, Albolote: Comares, 2007, p. 61)

E nesse sentido, cumpre observar desde logo que o Código Civil apresenta definição genérica, mas não exclusiva, de ato ilícito (arts. 186), sem afastar a possibilidade de que outros micro-sistemas jurídicos venham a estabelecer seus próprios parâmetros para caracterização da ilicitude de uma determinada conduta.

Essa constatação, que de início pode parecer autoevidente, ganha relevo em razão da matéria aqui discutida, na medida em que, como visto no início deste trabalho, a relação de concorrência apresenta uma particularidade fundamental: a conduta de um agente econômico visando a conquista de clientela e a maximização de seus lucros terá como consequência direta o prejuízo de seus concorrentes. Isso porque, quando o agente atua e conquista clientela em um mercado já estabelecido, está reduzindo a margem de lucro de seus concorrentes que sofrem uma redução em seu volume de vendas; quando o agente atua e conquista espaço em um mercado em desenvolvimento, está subtraindo potencial de lucro adicional que poderia ter sido aferido por seus concorrentes.

Dessa forma, a relação de concorrência necessariamente pressupõe uma espécie de dano individual; mas fala-se aqui em uma espécie de dano tolerada pela lei na medida em que decorrente da maior eficiência de determinado agente econômico em uma disputa justa pela conquista de clientela.

Como também visto anteriormente, essa noção de disputa justa poderá ser analisada de dois modos distintos: uma primeira cujo foco está na lealdade da conduta dos agentes (matéria afeita ao regime jurídico da concorrência desleal), e uma segunda, que tem como preocupação central o elemento do poder econômico e seu exercício no mercado (matéria tratada pelo direito antitruste). Em ambos os casos, tem-se uma exceção à regra geral que o dano causado de forma voluntária a terceiro caracteriza-se como ato ilícito.

Assim, em se tratando de concorrência entre agentes econômicos de um mesmo mercado, a abordagem acerca da ilicitude do ato estará muito mais ligada à noção de exercício abusivo da liberdade de iniciativa, da liberdade de contratar e da liberdade de empresa; o exercício de tais liberdades será regulado de forma genérica pelo regime da concorrência desleal, e de sob o enfoque específico do poder econômico através do direito antitruste.

Retomando a regra do art. 187 do Código Civil, caracteriza-se como exercício abusivo de direito aquele que exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé e

pelos bons costumes (mais ligados ao regime da concorrência desleal) ou por seu fim econômico ou social (aqui sim afeito ao direito antitruste).

No que interessa ao direito antitruste, a própria Constituição Federal define como abusivo o exercício da livre iniciativa, qualificada pela presença do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência (aqui entendida sob a perspectiva institucional analisada anteriormente) ou ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, 4o); essa, portanto, a baliza geral a ser observada para caracterização do ilícito antitruste.

Item ii:

potencialidade do ato como elemento essencial do ilícito antitruste

Conforme observado por SALOMÃO FILHO (2003), a sistemática da lei de defesa da concorrência trata das infrações da ordem econômica em dois momentos distintos: em um primeiro, através de fórmulas gerais (art. 36, *caput*); e no segundo exemplificando através de condutas concretas as fórmulas gerais anteriormente descritas (art. 36, 3o).

Assim, a lei inicialmente define como infração da ordem econômica quaisquer atos que, independentemente de culpa, tenham por objeto ou possam produzir como efeitos: (i) a limitação, falseamento ou prejuízo da livre concorrência ou da livre iniciativa; (ii) a dominação de mercado relevante de bens ou serviços⁷³; (iii) o aumento arbitrário de lucros; e (iv) o exercício abusivo de posição dominante⁷⁴. Essa a fórmula geral para caracterização da infração.

⁷³ Essa regra geral é excepcionada pelo parágrafo primeiro do mesmo artigo, o qual dispõe que a conquista de mercado naturalmente decorrente da maior eficiência de determinado agente econômico em relação a seus competidores não caracterizará infração.

⁷⁴ Nos termos do parágrafo segundo, presume-se a posição dominante sem que o agente econômico for capaz de alterar unilateralmente as condições de mercado, ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante; abre-se aqui ainda a possibilidade de o CADE redefinir esse percentual para setores específicos da economia.

Em um segundo momento, no parágrafo terceiro desse mesmo artigo, a lei passa a apresentar condutas concretas que o próprio legislador entendeu se enquadrarem na fórmula geral; fala-se aqui em um rol exemplificativo de condutas enquadradas pela lei na definição de infração da ordem econômica⁷⁵.

Como se pode observar, a caracterização da infração não está diretamente vinculada à intenção subjetiva do agente econômico, mas sim aos efeitos do ato; interessa, portanto, a definição das condutas e políticas empresariais à luz de seus potenciais efeitos perante a concorrência em seu perfil institucional⁷⁶. Em outras palavras, não é necessário que a conduta venha a efetivamente produzir efeitos nocivos à concorrência — nos moldes

⁷⁵ Tais como: (i) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, (b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços, (c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos, ou (d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; (ii) promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (iii) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (iv) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (v) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (vi) exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; (vii) utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; (viii) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; (ix) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; (x) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (xi) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (xii) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; (xiii) destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; (xiv) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (xv) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (xvi) reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; (xvii) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; (xviii) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e (xix) exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

⁷⁶ A esse respeito as conclusões de Salomão Filho (2003):

“A compreensão da influência dos efeitos potenciais sobre o mercado no raciocínio e no planejamento do agente econômico racional faz com que o estudo das intenções mude inteiramente de figura. Perde totalmente seu ranço subjetivista, que torna sua aplicação geralmente incerta e arbitrária. Não se trata mais de perquirir a vontade dos diretores da empresa, mas sim qual o plano empresarial da sociedade. É o plano da empresa, revelado por contratos, atos e reações práticas, que distingue sua intenção. (...) O efeito ganha também uma nova e mais consistente qualificação teórica. Distancia-se da definição política ou até ideológica ao deixar de representar um dado econômico real (eficiência), e passar a ser definido como um risco potencial à concorrência.” (Ob. cit., p. 97-98)

listados no art. 173, 4º da Constituição Federal, ou nos incisos do art. 36 da lei de defesa da concorrência —, bastando a possibilidade concreta de produção desses efeitos⁷⁷.

FERRAZ JR. (2013) trata a questão a partir de uma modalidade de responsabilidade objetiva, tomando como fundamento uma noção de “*culpa social, donde a responsabilidade por desvio de finalidade como inerente à concorrência, isto é, a idéia de que, quando o agente formula suas estratégias no uso de seu poder econômico, o direito à livre concorrência — iniciativa — não pode ser exercido com efeitos contra a própria concorrência*”⁷⁸. Sob essa perspectiva, a análise não poderá se circunscrever apenas à eventual observância das condições formais previstas na lei, mas principalmente aferir os potenciais efeitos do ato em relação aos valores protegidos pelo princípio da livre concorrência.

Esse enfoque distinto conferido às infrações antitruste pode ainda ser entendido à luz de uma particularidade própria das relações econômicas vista em capítulos anteriores: a racionalidade econômica dos agentes do mercado, que se orienta sempre na direção da maximização dos lucros; é exatamente em função desse fator que o agente econômico detentor de uma posição dominante tenderá a utilizá-la nos limites de seu potencial para para dominar mercados e aumentar arbitrariamente seus próprios lucros. Daí se presumir a intenção (a finalidade anticompetitiva) quando o agente, detentor de poder econômico, pratica ato que possa concretamente produzir algum dos efeitos listados nos incisos do art. 36 da lei de defesa da concorrência — a presunção estabelecida pelo legislador tem como fundamento justamente a racionalidade econômica dos agentes do mercado.

Como novamente esclarece SALOMÃO FILHO (2003, pp. 96-97), “*no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice versa*”. Dessa forma,

⁷⁷ Nessa mesma direção:

"Outros casos ainda existem em que a configuração do ilícito só é possível se o ato for realmente apto a levar à formação de uma posição de poder no mercado (que na lei adquire a denominação de 'dominação dos mercados'). Assim, todo e qualquer acordo entre concorrentes (de preços, quantidade produzida etc.) só chega a representar perigo para o sistema concorrencial quando puder efetivamente levar à formação de uma posição de poder nos mercados. Só assim será possível atingir o objetivo final desse tipo de acordo - impor preços mais elevados ou reduzir a qualidade do produto sem perda substancial de clientela. Apenas nesse caso será possível, também, criar dificuldades reais ao funcionamento ou ao desenvolvimento dos concorrentes." (Idem, p. 103-104)

⁷⁸ Ferraz Junior, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov/2013, p. 15.

*“admitida a racionalidade dos agentes econômicos, o maior indício de que uma determinada conduta anticoncorrencial visa efetivamente a um objetivo anticoncorrencial é que seja possível atingi-lo. Assim, o círculo completa sua volta. Os efeitos (potenciais) levam às intenções, e vice-versa”*⁷⁹. Não se trata, portanto, indagar acerca da vontade das partes envolvidas, mas sim de aferir sua intencionalidade funcional à luz das características do mercado.

De acordo com FERRAZ JR. (2013), *“os agentes econômicos se tornam responsáveis pelas consequências prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem. Trata-se de um resgate inovador da figura clássica do bonus pater famílias, mediante a qual o agente econômico (businessman) almeja e age com previsibilidade e objetividade enquanto um fator comum para os investimentos de todos, quer em relações verticais, quer em horizontais”*⁸⁰.

Capítulo 3:

O dano decorrente da infração antitruste

Viu-se anteriormente que, assim como o direito antitruste é estruturado em torno do “poder econômico”, a responsabilidade civil tem na figura do dano seu pressuposto central; é a lesão à esfera jurídica da vítima com reflexos patrimoniais ou morais que dará ensejo, observados os demais requisitos, à responsabilidade civil. Segundo GONÇALVES (2013, p. 363), *“não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do*

⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial - as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

⁸⁰ Ob. Cit., p. 18.

infrator”⁸¹. E, como observa RIZZARDO (2013, p. 13) pode-se até cogitar, em determinados casos, do dever de indenizar sem que haja uma conduta culposa ou o descumprimento de uma norma jurídica; entretanto, não há como se falar em indenização sem dano — este último é justamente o objeto da indenização⁸².

Em regra, e sob a perspectiva dos interesses individuais, a infração antitruste poderá dar ensejo direto a duas modalidades distintas de dano: o dano emergente (suportados de imediato pelo patrimônio da vítima) e o lucro cessante (redução da perspectiva razoável de lucros da vítima)⁸³.

O dano emergente será caracterizado pelo impacto direto e imediato do ilícito antitruste sobre o patrimônio da vítima que negocia com o infrator. Muito embora o sobrepreço seja a mais comum, não é a única manifestação possível de dano emergente em casos de infração antitruste. Basta observar, a título de exemplo, o caso do Cartel dos Frigoríficos, que não produziu diretamente efeitos à jusante, mas sim à montante; os frigoríficos impuseram a restrição aos produtores de gado, que sem ter como escoar sua produção por outras vias, tiveram de aceitar negociar seus produtos por um subpreço. Partindo dessa observação, GUILFOIL (1967) afirma que o dano poderá se manifestar em três categorias: lucros cessantes, redução de receita ou aumento de custos⁸⁴.

Entretanto, a classificação parece ainda comportar mais uma modalidade de dano, pois também é possível cogitar acerca de acordos colusivos que tenham por objeto não propriamente a alteração do preço final, mas sim a depreciação da qualidade dos produtos comercializados (com redução de custos e consequente aumento da margem de lucro); nesse caso a dano antitruste não se manifestaria através do preço, mas sim na qualidade do produto.

Diante dessas ressalvas, mais correto será afirmar que o dano emergente será decorrente da alteração artificial do preço/produto unilateralmente imposta pelo infrator.

⁸¹ Ob. Cit., p. 363.

⁸² Ob. Cit., p. 13.

⁸³ Nesse sentido PROSPERETTI, Luigi; PANI, Eleonora; e TOMASI, Ines. Il danno antitrust: una prospettiva economica. Bologna: Mulino, 2009, pp. 17-31.

⁸⁴ GUILFOIL, John D. Damage determination in private antitrust suits. 42 Notre Dame L. 647 1966-1967, p. 647.

Por uma questão terminológica — e tendo em vista que essas outras hipóteses de manifestação dos danos antitruste estão ligadas a modalidades raras de práticas colusivas (eis que a grande maioria produz efeitos sobre o preço praticado à jusante) —, os itens seguintes continuarão tratando genericamente o dano emergente como decorrência do sobrepreço praticado. Ainda assim, é de se ter sempre em mente a seguinte ressalva: a forma de manifestação do dano antitruste dependerá necessariamente das características do caso concreto.

Os lucros cessantes, por sua vez, são tratados pelo Código Civil como sendo aquilo que a vítima “razoavelmente deixou de lucrar” (CC, art. 402); essa a medida da legislação civil para definição do conceito de lucros cessantes: aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar em razão do ato ilícito. Em matéria antitruste, o lucro cessante corresponderão ao lucro que a vítima deixou de aferir em razão da redução de seu volume de vendas; seja porque a infração tornou seus produtos demasiadamente custosos (reduzindo sua demanda), seja porque a infração lhe fechou acesso ou excluiu de determinado mercado.

Capítulo 4:

Quantificação dos danos

Caracterizado o dano causado pela infração anticoncorrencial, faz-se necessária quantificá-lo, a fim de que possibilitar sua efetiva reparação. Isso porque, se de um lado, na esfera administrativa a imposição da condenação pode prescindir de uma aferição criteriosa do montante dos prejuízos causados pela infração concorrencial⁸⁵, de outro, no âmbito da ação privada, o dimensionamento do dano causado é essencial para que se possa definir o valor da condenação a ser imposta ao infrator.

⁸⁵ Como visto em diversos julgamentos realizados pelo CADE, a condenação administrativa independe de qualquer cálculo prévio acerca dos prejuízos causados pela conduta anticoncorrencial, sendo a multa calculada com base no critério do faturamento bruto aferido pelo infrator no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

A esse respeito, é preciso destacar desde logo que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos — e discutiu-se no âmbito da União Europeia —, aqui a indenização levará em consideração apenas o valor do efetivo prejuízo suportado pela vítima da infração, sem a adição de qualquer multiplicador; a indenização é tratada primordialmente como meio de reparar o dano sofrido pela vítima, e não como instrumento de punição do infrator (esse efeito, aqui, será meramente accidental — uma externalidade positiva da ação antitruste privada, como já se disse nos capítulos iniciais).

Feito esse esclarecimento prévio, retoma-se a noção observada anteriormente segundo a qual os danos individuais causados por infrações antitruste podem ser enquadrados em danos emergentes, caracterizados pela imposição de um sobrepreço indevido, e os lucros cessantes, correspondentes àquilo que o prejudicado razoavelmente deixou de lucrar em razão da violação.

Item i:

quantificação do dano emergente (dimensionamento do sobrepreço)

Observou-se ao longo dos itens anteriores que uma das principais tendências do direito contemporâneo — seja no Brasil, seja em ordenamentos estrangeiros — é a de se garantir à vítima do ilícito a reparação integral de seus prejuízos; em matéria antitruste, essa preocupação vem ganhando especial destaque, especialmente em face da constatação de que, na prática, raras vezes as vítimas reais das infrações à ordem econômica recebem qualquer espécie de compensação por seus prejuízos. Necessário, portanto, tratar dos instrumentos à disposição da vítima para quantificar adequadamente seus prejuízos, a fim de que se lhes possa garantir a reparação integral de seus prejuízos⁸⁶.

⁸⁶ Pois, como bem demonstrado na lição de PLANIOL-RIPERT (1946, p.165-166), "la indemnización debe representar tan exactamente como sea posible el daño realmente sufrido por el acreedor debido al incumplimiento o retraso. Ese dano puede componerse de dos elementos distintos, que se hallan indicados en el art. 1.149: por un lado, lá pérdida, es decír, el empobrecimiento sufrido por el patrimonio del acreedor - damnum emergens; por otro,, la garancia frustrada - lucrum cessans." (Apud, in Rizzardo, Arnoldo. Ob cit., p. 16)

Como se sabe, os Tribunais nacionais já tiveram a oportunidade de desenvolver considerável experiência no trato da questão dos lucros cessantes empresariais, construindo (com o auxílio de experts judiciais) instrumentos para mensuração dos valores que a parte prejudicada razoavelmente deixou de lucrar em razão de determinado ato ilícito. O mesmo, no entanto, não se pode dizer com relação ao cálculo dos sobrepreços praticados em razão de condutas anticoncorrenciais, até mesmo em razão do reduzido número de ações judiciais dessa natureza; no tocante a essa modalidade de dano emergente, o tratamento da matéria— seja em âmbito doutrinário, seja em âmbito jurisprudencial — ainda é bastante incipiente⁸⁷. Essa questão ganha relevo em face à constatação empírica de que, em geral, os infratores, mesmo em caso de práticas colusivas, não documentam expressamente qual o sobrepreço praticado.

Em regra, o sobrepreço poderá ser calculado através de simples operação aritmética com base (a) no preço efetivamente praticado em razão da prática anticompetitiva, e (b) no volume de negociações do produto/serviço durante o período de duração da conduta anticoncorrencial, e (c) no preço que teria sido praticado não fosse o ilícito concorrencial. O valor do sobrepreço seria então apresentado por um cálculo simples do preço praticado, menos o preço estimado não fosse a infração, multiplicado pelo volume negociado no período em que perdurou a prática (tratado como “base contrafactual” ou “but-for-price”)⁸⁸. Ou seja, o sobrepreço seria expresso pela fórmula: “(a — c) x b”.

Evidentemente, o grande desafio corresponde à estimativa da base contrafactual, ou seja, do preço que razoavelmente teria sido praticado não fosse a infração concorrencial⁸⁹. Para tanto, os instrumentos teóricos desenvolvidos pela doutrina

⁸⁷ Quanto a esse ponto, é de se fazer referência ao trabalho de Gustavo Madi Rezende, Solange Kileber e Maria Fernanda Caporale Madi (2011): “Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel”. In: Revista do Ibrac, n. 20, 2012, pp. 412-425.

⁸⁸ Essa, em linhas gerais, a definição apresentada por Connor (2006):

“The calculation of the overcharge is in principle a simple arithmetic exercise. One requires actual transactions prices charges by the conspirators, the quantities sold during the affected period, the dates of conspiracy-effects period, and the price that sellers would have charged but for the conspiracy. The overcharge is the revenue of the members of the cartel during the conspiracy-effects period less revenues that would have accrued at the but-for-price” — Ob. cit., p 232.

⁸⁹ Aqui cabe um esclarecimento: o uso da expressão “preço que razoavelmente teria sido praticado” — ou ainda quando a doutrina econômica se refere ao “reasonable price” —, se refere à razoável expectativa de que esse teria sido o preço praticado, dada a estrutura do mercado e a natural evolução da curva de preços. Não se trata aí de estimar um “preço razoável”, pois não cabe ao terceiro estimar qual deveria ser a margem de lucro razoável praticada pelo infrator para aquele produto.

econômica podem ser divididos em três metodologias distintas: (a) abordagens por comparação, (b) abordagens pela análise do lucro/custos de produção e (c) abordagens por simulação econômica das relações de mercado; cada uma dessas metodologias podem utilizar, por sua vez, instrumentais teóricos diferentes para estimar o cenário contrafactual de concorrência regular. Dessa forma, os instrumentos para quantificação dos danos emergentes podem ser divididos da seguinte forma: (a) abordagens por comparação: (a.i) comparação antes-depois, (a.ii) comparação entre mercados, e (a.iii) comparação multidimensional; (b) abordagens por análise de lucro/custos de produção: (b.i) análise das margens de lucro, (b.ii) análise dos custos de produção, (b.iii) “critical loss analysis”, e (b.iv) análise da performance financeira da vítima; e (c) abordagens por simulação econômica: (c.i) simulação de modelos de concorrência oligopolística, e (c.ii) simulação das relações de formação de preço em diferentes cenários de concorrência.

(a) abordagens por comparação

Com relação à primeira metodologia de trabalho — análise através de bases comparativas —, toma-se como base de referência um mercado em condições de concorrência regular, a fim de estimar a base contrafactual. Não se fala aqui, obviamente, de concorrência perfeita, mas sim do nível de concorrência que se possa esperar de um mercado com aquela determinada estrutura.

A determinação da base comparativa poderá ser realizada com base em dois critérios distintos, tratados na doutrina econômica como “antes-depois” (“before-and-after method”) e por comparação de mercados (“yardstick method”); o refinamento do resultado obtido através desses critérios poderá ainda ser obtido através de uma análise multidimensional.

(a.i) A análise comparativa antes-depois (“before-after analysis”) tem por base a comparação dos preços praticados no mercado alvo em momentos distintos: o período anterior ao início da prática anticompetitiva e o período posterior à cessação da infração;

com base nas informações registradas nesses dois momentos, estima-se qual teria sido o preço praticado durante o período alvo não fosse pela infração antitruste⁹⁰.

Dentre as preocupações observadas pela literatura econômica quando à utilização de tal abordagem, chama-se a atenção para a possível influência da infração mesmo no período posterior ao seu encerramento; isto é, cessada a infração, os agentes econômicos que atuam no mercado alvo terão ainda margem de manobra para fixar seus preços em um patamar superior àquele esperado em um cenário de concorrência razoável. Com isso, mesmo após a cessação da prática anticoncorrencial, a redução dos preços praticados poderá não corresponder ao nível que estes razoavelmente teriam atingido caso não houvesse sido praticada a infração⁹¹; trata-se aqui de uma distorção que deverá ser levada em consideração quando da análise do mercado.

(a.ii) A abordagem pela comparação entre mercados parte da identificação de mercados similares ao mercado alvo, podendo tomar como referência mercados relevantes materialmente diferentes (outro produto) ou geograficamente distintos (mesmo produto, mas outra região).

A utilização da análise por meio das bases comparativas poderá simplificar em muito o exame para obtenção da base contrafactual, especialmente porque, via de regra, trabalhará sobre informações públicas e à disposição da parte prejudicada⁹². No entanto, é bom notar que o resultado da análise dependerá diretamente do mercado relevante escolhido para servir de base para a comparação, na medida em que a utilização arbitrária de um mercado com bases estruturais distintas daquelas do mercado alvo acabará

⁹⁰ Verificadas as informações desses períodos distintos, faz-se necessária uma análise regressiva da evolução do mercado, a fim de extirpar eventuais distorções, como aquelas indicadas por Connor (2002, 2000) — referentes a fatores como a volatilidade dos preços do mercado alvo —, e Hovenkamp (1999) — referentes aos eventuais fatores exógenos que poderiam ter influência sobre a curva de preços do mercado alvo no período analisado.

⁹¹ Harrington (2004)

⁹² A esse respeito destaca Kuhlman (1967, p. 557)

"in the imperfect world in which court decisions are made, there is no way for an economist to predict the cost-price relationship which would have existed in a specific industry had a conspiracy never existed. Thus, a price prediction model is required which does not depend upon the cost figures in the books of the defendant companies."

por fazer com que o modelo teórico construído se distancie da realidade, produzindo resultados distorcidos e incompatíveis com as características do mercado alvo.

(a.iii) Através da combinação dos dados coletados através de uma análise “antes-depois” e “entre mercados”, poderá ser realizada uma abordagem multidimensional, analisando-se a conjuntura dos diferentes mercados no períodos anteriores e posteriores à infração, a fim de complementar a abordagem comparativa.

(b) abordagens por análise de lucro/custos de produção

Se o primeiro grupo de instrumentos visto acima tinha por característica básica a comparação de indicadores do mercado alvo em meio ao período de duração da infração com outro mercados em regime de concorrência regular, este segundo grupo de instrumento trabalha a questão da estimativa da base contrafactual a partir de informações contábeis das próprias empresas (seja a infratora, seja a vítima), e partir desses dados passa a construir o caminho um modelo econômico que leve à estimativa da base contrafactual.

(b.i) A estimativa através da análise dos lucros toma por base a margem de lucro auferida pelo infrator ao longo do período da prática anticompetitiva, comparando-a com a taxa de retorno esperada para um mercado em regime de oligopólio sem a presença da infração antitruste — realiza-se aqui uma estimativa da margem de lucro aferível em regime de concorrência regular diante das características do mercado alvo (ou através de modelos de comparação); através dessa comparação chega-se à estimativa do lucro irregularmente obtido pelo infrator.

(b.ii) Na análise através dos custos de produção, toma-se por base um índice de custo de produção por unidade — podendo ser utilizadas, de acordo com as especificidades do caso concreto, diferentes espécies de informação, tais como “custos marginais de curto

prazo”, “incrementos de custo a longo prazo”, “média dos custos de produção”, etc. —, para construir, a partir daí, o cenário contrafactual. Trata-se aqui de construção teórica primariamente utilizada na regulação dos preços praticados por agentes econômicos em regime de monopólio (ente regulador dispõe de fácil acesso às estruturas de custo); mais recentemente essa abordagem passou a ser considerada para quantificação da base contrafactual em casos de cartel, e até mesmo para estimativa de lucros cessantes em casos envolvendo fechamento de mercados⁹³.

É de se observar, no entanto, que também aqui a utilização dessa abordagem depende necessariamente de acesso às informações contábeis do infrator, as quais nem sempre estarão à disposição da parte prejudicada⁹⁴.

(b.iii) De acordo com a literatura econômica, mesmo em se considerando um mercado não regulado em regime de monopólio, haverá uma limitação natural do mercado para o preço máximo que poderá ser praticado pelo monopolista; e isso porque, superado essa limite, a queda no volume de vendas trará impacto negativo ao faturamento superior ao impacto positivo decorrente do sobrepreço imposto.

A chamada “critical loss analysis” tem por objetivo identificar esse preço máximo que poderá ser praticado pelos infratores; em outras palavras, a margem máxima de

⁹³ A título de exemplo: Oberlandesgericht Düsseldorf (Higher Regional Court, Düsseldorf), decisão de 4 de abril de 2008, caso n. VI-2U (kart) 8.06, 2 U 8.06 (Stadtweker Düsseldorf).

⁹⁴ Renda (2007, pp. 444-445) apresenta maiores cuidados que devem ser adotados para a análise:

“The cost-based approach is the simplest amongst the methods that do not use any comparator. It aims at rebuilding the supply curve of the colluding firms, and estimating the competitive —but-for price on the basis of some measure of costs per unit plus a mark-up allowance for —reasonable profit. Since applying this method requires use of accounting data, the result may provide a distorted picture of the decision-making perspective of economic agents. As stated by Van Dijk and Verboven (2005), where —an accounting system amortises fixed costs and generates annual depreciation. A variant is the constant margin approach (Connor, 2006), where a —but for margin is applied to the variable costs. (...) from an economic cost perspective, at least in the short run, these fixed costs are bygone and should no longer play a role in price-setting in a competitive environment. Moreover, this method does not consider that the —but-for price is not always a competitive price, since markets are often imperfectly competitive, and some form of oligopolistic competition might have taken place before the allegedly anticompetitive conduct. Another problem that may emerge in the implementation of this model, as stressed by Clark et al. (2004) and Connor (2002), is the need to choose the appropriate profit mark-up.”

sobrepreço que poderá ser imposta pelo infrator⁹⁵. Utiliza-se, para tanto, uma análise a partir das estimativas de elasticidade de preços do mercado alvo, construindo-se uma curva de preço/demanda para identificar o preço limite (“break-even price”).

Como se pode ver, não se trata aqui de uma abordagem focada em estimar com precisão o sobrepreço efetivamente praticado, mas sim o sobrepreço máximo que poderia ser praticado dadas as características do mercado alvo.

Ainda assim, tal abordagem poderá se mostrar útil em casos nos quais a vítima não disponha das informações necessárias para se utilizar das demais abordagens; nesses casos, e tendo em vista a racionalidade econômica de maximização dos lucros, a estimativa obtida através da “critical loss analysis” poderá ser tomada como estimativa razoável do sobrepreço praticado⁹⁶ — justamente porque, tomando-se como ponto de partida a racionalidade econômica dos agentes de mercado, poder-se-ia presumir que o infrator, já tendo iniciado a conduta anticoncorrencial, buscaria maximizar sua margem de retorno com a conduta ilícita.

(b.iv) No caso da análise através da performance financeira da vítima, como o próprio nome denota, essa abordagem tem por base a identificação da performance financeira da vítima (através de dados como margem de lucros, valor da sociedade, etc.) e sua comparação com determinada marca de referência (“*benchmark*”); essa referência poderá ser buscada nos mesmos indicadores de performance da vítima no período anterior à infração, ou ainda, quando o caso, em indicadores de outros segmentos da Companhia prejudicada que não tenham sido afetados pela infração. Através deste método, pode-se encontrar não apenas a estimativa dos danos emergentes sofridos pela vítima, mas também de seus lucros cessantes⁹⁷.

⁹⁵ Nesse sentido, inicialmente as anotações de Harris e Simons (1989); mais recentemente, Harris e Veljanovski (2003) e Van Dijk e Verboven (2005). E ainda Harris e Veljanovski (2003) - Critical Loss Analysis: Its Growing Use in Competition Law, in E.C.L.R. (2003) 213

⁹⁶ Anota-se aqui também a possibilidade de tal metodologia ser utilizada pelo próprio infrator como estratégia de defesa, em sede de liquidação de sentença, a fim de limitar o valor da condenação.

⁹⁷ Solução semelhante é tradicionalmente adotada na jurisprudência nacional para apuração de lucros cessantes em casos de, por exemplo, rescisão imotivada de contrato de distribuição por prazo indeterminado.

(c) abordagens por simulação econômica das relações de mercado

Partindo-se da teoria econômica da organização industrial, esse método busca construir diferentes cenários de desenvolvimento do mercado alvo, estimando-se os preços praticados em cada um desses cenários, a fim de identificar qual seria a situação de equilíbrio do mercado alvo não fosse pela prática da conduta anticoncorrencial. Utiliza-se, para tanto, as informações do mercado alvo que possam influenciar na construção da curva oferta/demanda sob um regime de concorrência regular.

Cabe observar que a análise com base na construção do modelo econômico poderá se mostrar eficiente e prática em se tratando de mercados primários — fornecimento de insumos, *comodities*, etc. No entanto, em se tratando de indústrias marcadas pelo forte desenvolvimento tecnológico, os resultados da análise poderão ser marcadas por alto grau de especulação, comprometendo a eficácia do modelo⁹⁸ — o que não impede, é verdade, sua utilização, conjugada com outras abordagens, a fim de oferecer uma estimativa mais apurada.

Item ii:

utilização de modelos econométricos

Evidentemente, os métodos aqui descritos não são os únicos à disposição das partes prejudicadas (e peritos) para quantificar seus prejuízos. Não há, também, como se falar em um único método ideal para qualquer situação concreta, na medida em que a escolha do instrumental teórico dependerá em grande parte das características do mercado alvo e do nível de informações à disposição para análise; a depender do caso concreto, a

⁹⁸ Nesse sentido Kuhlman (1967, p 557):

"It has some problems. In some industries it is relatively easy to reconstruct the price curve. In industries having a simple product structure such as rock salt and structural steel-and a small number of large buyers, the reconstruction of the price curve is relatively simple. In industries having a complex product structure such as power switchgear assemblies the reconstruction of the price index is considerably more difficult."

parte poderá optar por uma, ou uma combinação das diferentes abordagens aqui descritas, a fim de complementar sua análise⁹⁹.

Ademais, e também a depender do caso concreto, o modelo escolhido poderá ter de ser adaptado para atender a outros fatores que, muito embora não digam respeito diretamente à existência da infração, acabam por influenciar também as relações de oferta/demanda, bem como de formação dos preços de produção. Esses fatores relevantes poderão ser incluídos e tratados na análise através da utilização de modelos econométricos para traçar a extensão dos efeitos desses fatores exógenos e isolar os efeitos propriamente causados pela infração antitruste.

Item iii:

repasses (a “pass-on defence”)

Em decorrência do atual modelo de gestão e produção industrial, é comum que um produto passe por diversos estágios da cadeia de produção, desempenhadas por agentes econômicos distintos (ao menos formalmente), até alcançar o consumidor final; assim que, tomando por exemplo o setor automotivo, tenha-se diferentes agentes econômicos atuando nas etapas de extração do minério de ferro, transporte, produção do aço plano, estampa de peças, montagem, e finalmente a comercialização (distribuição) ao consumidor final.

Cada um desses agentes econômicos inseridos nessa cadeia de produção atua em um mercado distinto, interligados por questões de interesse comercial¹⁰⁰ para a produção e

⁹⁹ Acerca das cautelas a serem adotadas quando da precipitação do prejuízo, Rezende, Kileber e Madi (2011, p. 417).

¹⁰⁰ Em regra, o mercado à montante (acima) não dependerá necessariamente do mercado à jusante (abaixo); ou seja, o fornecedor de aço plano não depende exclusivamente do setor de estamparias para desenvolver sua atividade (ainda que esta represente parte expressiva de seu faturamento, não é o único mercado a demandar o bem), da mesma forma como as estamparias não dependem exclusivamente das montadoras de veículos (podendo produzir também peças para eletrodomésticos ou ainda outros produtos com estruturas metálicas). Essa a razão pela qual se afirma que a interligação desses diferentes mercados se dá não por necessidade estrutural do mercado, mas sim por uma questão de interesse comercial.

Evidentemente essa afirmação não se aplica no sentido inverso: o mercado à jusante poderá depender (e na maioria das vezes efetivamente depende) do mercado à montante: não haveria montadora sem as peças produzidas pela estamparia, que por sua vez não seriam produzidas sem o acesso ao aço plano, o qual somente poderá ser obtido pela utilização do minério de ferro — e o mesmo se dá também com relação

oferta ao público de um produto final. Natural, portanto, que as alterações em qualquer um dos mercados que integram essa cadeia de produção tenha como consequência a produção de efeitos em um ou mais dos demais mercados aí envolvidos; nesse sentido, um aumento na demanda de aços planos por outros mercados poderá resultar não apenas em uma elevação de seu preço (relação direta de oferta/demanda), mas também na demanda por minério de ferro (e consequentemente seu preço), e ainda nos preços praticados à jusante (estampa de peças, montagem e revenda ao consumidor final). Em regra, uma alteração no mercado à montante levará necessariamente a uma alteração nas condições dos mercados à jusante — na composição final do preço (e considerando que não tenha havido substituição por outros insumos). A alteração no mercado à montante impactará a estrutura de preços do mercado à jusante: uma alta de preços de minério de ferro resultará ou em uma majoração no preço dos aços planos ou na revisão da margem de lucro praticada pelos agentes desse mercado, mas em qualquer dos casos haverá alteração na estrutura da composição de preços do produto final.

Esse raciocínio é extremamente relevante para o tema ora tratado, na medida em que elevações injustificadas de preços (seja por colusão ou ainda exercício abusivo de posição dominante) em mercados à montante tendem, a ser incorporadas, sempre que possível¹⁰¹, ao preço final dos produtos fornecidos pelo mercado à jusante; em outras palavras, o sobrepreço decorrente da infração tende a ser repassado pela vítima direta (que

ao distribuidor, pois ainda que este pudesse comercializar outros produtos junto ao público, não haveria o mercado específico do comércio de veículos automotivos se não houvesse a indústria automobilística.

Ainda que sob a segunda perspectiva (do agente econômico à jusante) a relação seja necessária, ela não o é sob o enfoque do agente econômico à montante. Dessa forma, em uma situação de escassez de insumos, em que os agentes à montante não tivessem como atender à demanda integral por seus insumos, teriam de optar com relação a qual seria o mercado abastecido; daí porque, conjugadas as duas perspectivas, pode-se dizer que a relação decorre do interesse negocial (mais propriamente do agente à montante).

¹⁰¹ Existem casos em que essa alternativa não é facultada ao agente econômico; por exemplo, no caso de cartel entre os fornecedores nacionais de determinados insumos, tem-se que aquele produtor à jusante que tiver acesso ao mercado internacional (não atingido pelo cartel) não sofrerá (ou sofrerá menos) as alterações provocadas pela prática colusiva; o produtor que não tiver acesso a tais mercados alternativos de insumo, terá de internalizar o sobrepreço, reduzido sua margem de lucro, sob pena de ter condições de competir com aqueles agentes econômicos que dispõem de acesso ao mercado internacional.

Vale dizer, é possível até mesmo presumir, dentro do modelo de racionalidade econômica em vigor, que qualquer alteração no sentido de incrementos de custos no mercado à montante acabará sendo repassada aos agentes do mercado à jusante, até mesmo como forma de preservar a margem de lucro desses agentes. A exceção ocorre nos casos em que o agente econômico à jusante enfrenta concorrentes não submetidos (ou não afetados) pela alteração à montante; esses, tradicionalmente, os casos em que o repasse do aumento do valor dos insumos não terá como ser repassado ao próximo agente da cadeia de produção, mas terá de ser internalizado com alteração da margem de lucro.

originalmente adquiriu o bem em condições de preço irregulares) aos agentes à jusante, até atingir o consumidor final (vítima indireta).

Assim, a questão que se coloca diz respeito à possibilidade de o infrator arguir como matéria de defesa (daí o nome “*pass-on defence*”) a ocorrência do repasse desse sobrepreço da vítima direta para os agentes à jusante na cadeia de produção.

Como visto anteriormente, a orientação geral da jurisprudência norte-americana foi definida pela Suprema Corte nos precedentes de “*Hanover Shoe*” e “*Illinois Brick*”, no sentido de afastar tanto o cabimento da “*pass-on defence*” como a legitimidade ativa dos compradores indiretos. Tais precedentes tiveram como fundamento, de um lado a complexidade da matéria e a ausência (até a década de 70, ano menos) para aferição do sobrepreço repassado, e de outro a questão política referente à prioridade a ser dada ao enfoque repressivo da ação antitruste privada. Mais uma vez, a construção jurisprudencial tem como fundamento a principal particularidade do sistema norte-americano, que utiliza as ações privadas como principal mecanismo para o desempenho da função repressiva/punitiva.

A Comissão Europeia, por sua vez, definiu tais questões no “*Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste*”, assentando a legitimidade ativa do comprador indireto¹⁰² (e ainda lhe conferindo uma presunção relativa de que o sobrepreço foi repassado pelo comprador direto¹⁰³), bem como a possibilidade de arguição da “*pass-on defence*”¹⁰⁴; ao contrário do que se observa

¹⁰² Nos termos do Livro Branco:

“No contexto da legitimidade para intentar uma acção, a Comissão acolhe positivamente a confirmação pelo Tribunal de Justiça de que “qualquer pessoa” tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido pelo incumprimento das regras antitruste perante os tribunais nacionais⁶. Este princípio aplica-se igualmente aos adquirentes indirectos, ou seja, os adquirentes que, embora não negociando directamente com o infractor, tenham sofrido danos consideráveis em razão da repercussão ao longo da cadeia de distribuição da aplicação de um preço excessivo imposto ilegalmente.” (Livro Branco, p. 4)

¹⁰³ Conforme redação do Livro Branco:

“(…) a Comissão recomenda reduzir o ónus da prova que incumbe à vítima e propõe¹⁵ que os adquirentes indirectos possam invocar a presunção ilidível de que o custo adicional ilegal foi neles repercutido na sua totalidade.” (Livro Branco, p. 9)

¹⁰⁴ Reconheceu-se que a vedação à “*pass-on defence*” poderia resultar, em muitos casos, no enriquecimento sem causa do comprador direto que repassou o sobrepreço aos compradores indiretos:

“A Comissão recorda a ênfase dada pelo Tribunal ao princípio da reparação e ao seu postulado segundo o qual devem poder ser atribuídos perdas e danos a qualquer pessoa lesada que possa provar de forma suficiente a existência de um nexo de causalidade com a infracção. Neste contexto, os

nos Estados Unidos, a preocupação central no âmbito da União Europeia com o fomento das ações antitruste privadas é a de garantir a justa e integral reparação das vítimas, daí a diferença de tratamento da matéria.

Afora as questões afeitas ao âmbito da política antitruste, é preciso anotar que mesmo as premissas técnicas adotadas nos julgamentos de “*Hanover Shoe*” e “*Illinois Brick*” — referentes à complexidade da matéria e ausência de instrumentos para aferir a margem de repasse — já foram refutadas pela literatura antitruste, a começa por HARRIS e SULLIVAN (1980)¹⁰⁵ que demonstraram a possibilidade, e razoável facilidade de identificação e mensuração da margem de sobrepreço repassada pelo comprador direto aos compradores indiretos¹⁰⁶; afirmam, ademais, que tais precedentes teriam um impacto negativo sobre o bem-estar dos consumidores, atentando contra os objetivos centrais do próprio direito antitruste. A capacidade de repassar o sobrepreço pode ser avaliada de acordo com as características do mercado, em especial da elasticidade da demanda, definindo-se a margem de sobrepreço que poderia ser repassada sem que houvesse a substituição do produto pelo comprador indireto (uma segunda aplicação da “*critical loss analysis*”). Acrescentam ainda uma segunda consideração, de que os mercados concentrados, mais propícios às práticas colusivas, são tipicamente marcados por baixa elasticidade da demanda; concluem portanto, que em regra o sobrepreço praticado pelo infrator será repassado pelo comprador direto ao comprador indireto¹⁰⁷.

Essa segunda abordagem, adotada pela Comissão Europeia em seu “Livro Branco” — em linha com o quanto proposto por Harris e Sullivan (1980) — mostra-se não apenas razoável, mas em conformidade com a estrutura jurídica do direito antitruste nacional: uma política antitruste em que a ação privada tem como foco a reparação de

autores das infracções devem ser autorizados a invocar a possibilidade de o custo adicional ter sido repercutido. Com efeito, a negação deste meio de defesa poderia acarretar o enriquecimento sem causa dos adquirentes que repercutiram o custo adicional e uma compensação múltipla injustificada dos custos adicionais ilegais impostos.” (Livro Branco, pp. 8-9)

¹⁰⁵ COOTER (1981) complementa ainda a abordagem econômica referente aos mecanismos para o cálculo da margem de repasse, acrescentando à análise a possibilidade de substituição do produto por outro próximo (COOTER, Robert. ‘Passing-On the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory’, *University of Pennsylvania Law Review* 129 [1980–1981]: 1523-1531).

¹⁰⁶ Mesmo as críticas dirigidas ao trabalho de HARRIS e SULLIVAN (1980) voltam-se apenas contra as conclusões firmadas no campo da política antitruste (prevalência da função repressiva sobre a função reparadora), mas não quanto às conclusões técnicas acerca da viabilidade da análise econômica dos repasses.

¹⁰⁷ HARRIS, Robert G.; e Sullivan, Lawrence A. Passing-On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis. In: *University of Pennsylvania Law Review* 128 (1980), pp.269-289.

prejuízos (e não a repressão de condutas), a busca pela reparação integral dos prejuízos causados pelas infrações anticoncorrenciais, e restrições decorrentes da vedação imposta ao enriquecimento sem causa.

Quanto a este último item, doutrina¹⁰⁸ e jurisprudência¹⁰⁹ conceituam o enriquecimento sem causa como o benefício patrimonial de determinado sujeito, em detrimento do patrimônio de outrem, sem causa jurídica que o justifique. O instituto, ora positivado no art. 884 do Código Civil de 2002¹¹⁰, se caracteriza por um deslocamento patrimonial (i) desprovido de justa causa¹¹¹, (ii) gerador de enriquecimento de uma parte e (iii) do correlato empobrecimento da outra (CC, art. 884).

Na medida em que o comprador direto repassa integralmente o valor do sobrepreço imposto pelo infrator, já não mais poderá alegar a existência de dano caracterizado pelo aumento de seus custos; isso porque esse aumento de custo foi compensado com aumento de receita decorrente do repasse do sobrepreço (o que não significa que não poderá haver queda do volume de vendas e, no limite, queda de faturamento, que deverão ser tratados como lucros cessantes). Ausente o dano emergente,

¹⁰⁸ Segundo FRANÇA (1987), enriquecimento sem causa “*é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico*” (FRANÇA, R. Limongi. Enriquecimento sem causa. In: Enciclopedia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1987).

¹⁰⁹ A título de exemplo o Desembargador Edson Luiz de Queiroz, em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Não fosse este o entendimento, validar-se-ia o princípio do enriquecimento sem causa, visto que os devedores inadimplentes seriam contemplados com a moradia em detrimento de outras pessoas (potencialmente boas pagadoras) que aguardam a oportunidade de adquirir um imóvel em condições mais acessíveis.

O artigo 884 do Código Civil de 2002 é claro ao vedar o enriquecimento sem causa: ‘Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários’. Assim, nota-se por este princípio os requisitos necessários à sua caracterização: a) o aumento patrimonial; b) obtenção à custa de outrem; c) ausência de justa causa. No presente caso, a situação fática reflete uma hipótese de enriquecimento sem causa.” (TJSP. 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0285713-47.2009.8.26.0000, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, dj. 11.12.2013)

¹¹⁰ Segundo França (1987), enriquecimento sem causa “*é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico*” (França, R. Limongi. Enriquecimento sem causa. In: Enciclopedia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1987).

¹¹¹ De acordo com BDINE JÚNIOR (2011):

“(…) não haverá enriquecimento sem causa quando o fato estiver legitimado por um contrato ou outro motivo previsto em lei. Somente quando não houver nenhum destes dois fundamentos é que haverá ilicitude no locupletamento” (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Código Civil Comentado, obra coletiva — Coord. Min. Cezar Peluso. 5ª Ed. São Paulo: Manole, 2011, p. 741.)

eventual cobrança contra o infrator correspondente ao valor do sobrepreço não conduziria à restituição das partes ao *status quo ante*, mas sim a uma situação de lucro injustificado do comprador direto — pois receberia em duplicidade a compensação pelo sobrepreço: uma vez por parte do comprador indireto, outra por parte do próprio infrator.

Assim, permitir que o comprador direto, que repassou o sobrepreço pago aos compradores indiretos, receba indenização no valor integral do sobrepreço caracterizaria manifesto enriquecimento sem causa; esse o principal fundamento para que o repasse possa ser alegado pelo infrator como matéria de defesa contra a vítima direta — cabendo ao infrator, evidentemente, comprovar a ocorrência do repasse. Tem-se, portanto, que nos casos de repasse integral do sobrepreço a compradores indiretos, o comprador direto não fará jus à indenização referente aos danos emergentes; nos casos de repasse parcial, o sobrepreço total pago pela vítima direta deverá ser subtraído do sobrepreço total repassado às vítimas indiretas.

Como alerta PARLAK (2010), a incorporação tanto da legitimidade ativa do comprador indireto como da “*pass-on defence*” trazem consigo uma preocupação de ordem processual, em face da marcante possibilidade de decisões conflitantes — como por exemplo um juiz reconhecendo a ocorrência do repasse para fins de aceitar a “*pass-on defence*”, e outro negando a existência do repasse ao comprador indireto. Tais circunstâncias reclamam a utilização de mecanismos processuais de reunião de demandas a fim de evitar a difusão de decisão conflitantes¹¹²; no Brasil, a cautela com relação às possíveis decisões conflitantes poderão ser tratadas através dos mecanismos de alteração de competência, visando cumular no mesmo juízo as ações envolvendo a mesma relação de pagamento (vítima direta) e repasse (vítima indireta) do sobrepreço imposto pelo infrator.

Item iv:

vítimas indiretas, prejuízo direto e quantificação

¹¹² PARLAK, Süleyman. Passing-on defense and indirect purchaser standing: should de passing-on defence be rejected now the indirect purchaser has standing after Manfredi and the White Paper of the European Comission? In: Word Competition Law and Economics Review. Alphen: Kluwer Law International, pp. 51-52.

Traçadas as linhas gerais da quantificação dos prejuízos causados pela infração, bem como a possibilidade de seu repasse aos demais agentes da cadeia de produção, cabe anotar também a possibilidade de as vítimas indiretas, às quais foram repassados os efeitos nocivos da conduta anticompetitiva¹¹³, postularem a reparação pelos danos suportados (o “dano antitruste indireto”).

Antes de mais nada, é preciso esclarecer uma questão terminológica: fala-se aqui em “vítima indireta” (o comprador indireto a quem o sobrepreço foi repassado), mas não de “dano remoto”.

Trata-se de distinção necessária, uma vez que a legislação civil estabeleceu que “*as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato*” (CC, art. 403); a *contrario sensu*, entende-se que o “dano remoto”, não será enquadrável na categoria de dano indenizável.

Entretanto, é preciso distinguir ainda entre o “dano remoto” e o chamado “dano indireto” (ou “dano por ricochete”); a diferença é que, muito embora o “dano indireto” tenha na ação ou omissão sua causa direta e imediata, não se apresenta como a primeira manifestação do prejuízo ocasionado pelo ato ilícito¹¹⁴. É o caso do filho, ainda dependente financeiramente, que perde seu pai em razão de erro médico; aqui muito embora o prejuízo ao filho decorra diretamente da ação culposa, não se mostra como a primeira manifestação do dano causado pelo ato ilícito. Essa segunda diferenciação tem efeitos práticos relevantes, pois doutrina¹¹⁵ e jurisprudência¹¹⁶ admitem a responsabilidade civil decorrente

¹¹³ Ao contrário do que se dá nos Estados Unidos — em que diversos estados negam acesso ação privada às vítimas indiretas, e consequentemente barram a “*pass-on defence*” —, no Brasil a indenização será devida a qualquer parte prejudicada que demonstra a ocorrência do ato ilícito, de seu dano efetivo, e o nexo de causalidade.

¹¹⁴ Ou ainda, na formulação da LARENZ (1959, p. 194), “El daño indirecto comprende aquellos menoscabos que sobrevienen más tarde o que, como lá pérdida de de capacidad para el trabajo, actúan permanentemente, o que, como las adquisiciones no efectuadas a causa de la infracción, no se manifiestan en el mismo objeto que sufrió el daño, sino únicamente en el patrimonio del perjudicado” (LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, Tomo I (tradução de Jaime Santos Briz). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 194)

¹¹⁵ RIZZARDO, Arnoldo. Ob. cit.

¹¹⁶ Nesse sentido:

“Em outras palavras, ainda que se admita o genitor como titular de dano indireto para a ação de reparação de dano moral, não há prova hábil a convencer que a negativa de cobertura de cintilografia a ser realizada em seu filho tenha lhe causado considerável e injusto dissabor que superasse o mero

do dano indireto — mas não do dano remoto —, desde que devidamente comprovada sua extensão e sua correlação direta e imediata ao ato ilícito¹¹⁷.

Na realidade, a questão que se deve ter em mente está diretamente ligada ao requisito do nexo de causalidade¹¹⁸: é preciso aferir se o ilícito constatado foi causa direta e

aborrecimento, especialmente quando considerada a omissão de patologia conhecida quando da admissão do beneficiário. Evidente que os princípios da boa-fé contratual, lealdade e cooperação devem ser prestigiados.” (TJSP. 6a Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0001710-17.2012.8.26.0590, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, dj. 28.02.2013)

“Francisco Loureiro afirma que o “dano indireto ou por ricochete há de ficar muito bem delineado, com conseqüências diretas sobre os parentes da vítima (...) somente casos pontuais, nos quais o dano inflingido à vítima provoque sofrimento intenso, manifesto e prolongado a seus parentes próximos é que comportam indenização autônoma a uns e outros. (AP 326.723-4/1-00, julgado em 02.02.2006).” (TJSP. 3a Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0007839-72.2011.8.26.0008, Rel. Des. Jesus Lofrano, dj. 23.10.2012)

“Processo Civil Responsabilidade civil Dano moral reflexo. Pessoa jurídica. Sócio-gerente com nome indevidamente inscrito no cadastro de inadimplentes. Negativa de empréstimo à sociedade. Legitimidade ativa ad causam da pessoa jurídica. Abalo de crédito. Não ocorrência de dano in re ipsa. Necessidade de comprovação da ofensa à honra objetiva. (...) 5. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que o dano moral **direto** decorrente do protesto indevido de título de crédito ou de inscrição indevida nos cadastros de maus pagadores prescinde de prova efetiva do prejuízo econômico, uma vez que implica “efetiva diminuição do conceito ou da reputação da empresa cujo título foi protestado”, porquanto, “a partir de um juízo da experiência, [...] qualquer um sabe os efeitos danosos que daí decorrem” (REsp487.979/RJ, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 08.09.2003). (...) 7. Não obstante, no que tange ao dano moral **indireto**, tal presunção não é aplicável, uma vez que o evento danoso direcionou-se a outrem, causando a este um prejuízo direto e presumível. A pessoa jurídica foi alcançada acidentalmente, de modo que é mister a prova do prejuízo à sua honra objetiva, o que não ocorreu no caso em julgamento, conforme consignado no acórdão recorrido, mormente porque a ciência acerca da negação do empréstimo ficou adstrita aos funcionários do banco.” (STJ. 4a Turma. Recurso especial n. 1.022.522/RS, Rel. Min Luis Felipe Salomão, dj. 25.06.2013)

¹¹⁷ PEREIRA (2012 p. 50) enfrenta a questão sob a perspectiva da certeza na correlação entre o dano e o ato:

“Se o problema é complexo na sua apresentação, mais ainda o será na sua solução. Na falta de um princípio que o defina francamente, o que se deve adotar como solução é a regra da ‘certeza do dano’. Se pela morte ou incapacidade da vítima as pessoas, que dela se beneficiavam, ficaram privadas de socorro, o dano é certo, e cabe ação contra o causador. Vitimando a pessoa que lhe prestava alimentos a outras pessoas, privou-as do socorro e causou-lhes prejuízo certo.” (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, v. 3. 16a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50)

¹¹⁸ Como anota GONÇALVES (2013, pp. 356 e 358):

“A teoria do nexo causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de conclusas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas conclusas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas. O Código Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que, neste caso, ela é solidária (cf. art. 942, parágrafo único).

A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das conclusas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como a responsável pelos danos.

(...)

imediatamente do dano, ou se para ela concorreram outros fatores alheios ao ato ilícito. Assim, a questão da definição do dano indenizável está ligada à questão de demonstração efetiva da relação da causa e efeito entre o ilícito e o prejuízo.

Nesse contexto, o dano experimentado pelo "comprador indireto" está tão direta e imediatamente relacionado à infração antitruste quanto o prejuízo sofrido pelo "comprador direto"; ocorre apenas que não se pode dizer *a priori* qual sujeito sofrerá o dano embutido no preço fixado para determinado bem/serviço oferecido ao mercado.

Assim, a questão do dano antitruste decorrente do repasse é tal qual o caso de produto/serviço defeituoso (dotado de um potencial danoso latente), utilizado em diversos outros estágios da cadeia de produção, e que somente produz o dano quando utilizado por um comprador indireto. Nesse cenário, ainda que não tenha havido relação jurídica direta entre o responsável e a vítima (a relação jurídica é indireta), o dano é consequência direta e imediata do produto/serviço defeituoso; em outras palavras, o dano é resultado direto da conduta do responsável por aquele produto/serviço. No caso do dano antitruste advindo do repasse do sobrepreço imposto pelo infrator, a abordagem é exatamente a mesma: o produto é posto em circulação com um potencial danoso latente, que poderá ser suportado por um único agente da cadeia de produção (caso de repasse ou absorção total), ou dispersado entre diversos agentes; em qualquer dos casos, o dano (elevação do preço) é consequência direta e imediata da infração¹¹⁹.

Diferente se dá, por exemplo, no caso de uma empresa aliada de determinado mercado, que se vê forçada a demitir funcionários; nesse caso, o efeito produzido para o funcionário é meramente remoto, na medida em que, a princípio, não poderá ser imputado com exclusividade ao ilícito antitruste.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que o dano antitruste causado ao comprador indireto, através do repasse do sobrepreço imposto pelo infrator, deverá ser indenizado; nesse caso específico, cabe observar que interpretação em sentido diverso encontraria óbice na vedação ao enriquecimento sem causa (seja do comprador direto,

Não é, portanto, indenizável o chamado 'dano remoto', que seria consequência 'indireta' do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja caracterização tivessem de concorrer com outros fatores." (Ob. cit, p. 356 e 358)

¹¹⁹ Como afirma RIZZARDO (2013 p. 17), "de modo simples, o dano direto compreende o resultado imediato da ação, que recai sobre um bem e o ofende, resultando o mesmo com um déficit econômico." (Rizzardo, Arnoldo. Ob. cit, p. 17)

porventura “indenizado” em duplicidade; seja do infrator que tenha deixado de indenizar através da “*pass-on defence*”)¹²⁰.

No tocante à quantificação, VELJANOVSKI (2007) afirma que, uma vez estimado o sobrepreço praticado pelo infrator, bastará aferir a parcela desse sobrepreço repassada aos agentes à jusante — como visto, é possível que a vítima direta opte por absorver total ou parcialmente o sobrepreço imposto pelo infrator, a fim de não prejudicar seu volume de vendas. Em geral, a apuração da parcela de repasse passa pelas mesmas etapas observadas anteriormente para estimar o valor do próprio sobrepreço, acrescidas das considerações ora apresentadas.

Ademais, como também visto no item anterior, a Comissão Europeia em seu “Livro Branco” sugere a utilização de uma presunção relativa de que o sobrepreço imposto pelo infrator será integralmente repassado ao comprador indireto. Essa proposição mostra-se adequada aos casos de ações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, nas quais a inversão do ônus da prova milita em prol do consumidor (CDC, art. 6º, inciso VIII); nesses casos, pode-se atribuir ao infrator a ônus de demonstrar que o sobrepreço não foi repassado ao consumidor final. O mesmo, no entanto, não se pode dizer das demais ações, movidas por outros agentes da cadeia de produção: com relação a esses, será necessária a demonstração do repasse; nesses casos, a tendência ao repasse deverá ser tomada baliza (uma máxima de experiência) para a interpretação do conjunto probatório.

Item v:

sobrepreço, repasse e lucros cessantes

Inicialmente, e agora com base na noção trazida no item anterior acerca da possibilidade de o sobrepreço praticado pelo infrator ser repassado pela vítima direta aos demais agentes econômicos à jusante, cabe anotar a existência de uma relação lógica entre

¹²⁰ Essa discussão chama novamente a atenção para a necessidade de utilização dos mecanismos processuais de reunião de demandas, a fim de que não haja decisões conflitantes para os agentes de uma mesma cadeia de produção.

o dano emergente decorrente do sobrepreço, a possibilidade de repasse, e os lucros cessantes.

Isso porque, com o repasse do sobrepreço, e consequentemente o aumento do preço do produto comercializado por essa vítima direta, haverá a tendência natural de os agentes a jusante (vítimas indiretas) reduzirem o volume de compras em razão da elevação de preços; ou seja: o repasse do sobrepreço pela vítima direta tende a reduzir a demanda por seus produtos, afetando diretamente seu faturamento. Verboven e Van Dijk (2007) decompõem os efeitos causados sobre a margem de lucros da vítima em (i) efeito direto do aumento dos custos, (ii) efeito indireto do repasse) e (iii) efeito indireto da redução das vendas.

Tem-se, portanto, que a vítima direta, a receber ao pagar pelo sobrepreço, e dar continuidade à cadeia produtiva repassando seus produtos ao agente à jusante, terá três possibilidades distintas: (i) repassar integralmente o sobrepreço, comprometendo com isso sua demanda; (ii) absorver o sobrepreço sacrificando sua própria margem de lucro; ou ainda (iii) repassar apenas parcialmente o sobrepreço, reduzindo em menor escala sua margem de lucro e também sua demanda.

Evidente que em qualquer dos cenários a vítima direta sofrerá um prejuízo financeiro decorrente da redução de sua margem de lucro, seja em razão do aumento não repassado dos custos de insumos, seja em razão da queda de faturamento pela redução da demanda por seus produtos. No entanto, sob a perspectiva jurídica, e especialmente para o campo da responsabilidade civil, cada uma dessas opções conduzirá a um resultado distinto.

Assim que: (i) no primeiro caso, de repasse integral do sobrepreço, a vítima direta não terá como postular danos emergentes, na medida em que estes foram integralmente repassados, cabendo-lhe apenas, se o caso (será preciso, por evidente, demonstrar a redução da demanda, postular a indenização pelos lucros cessantes em razão da redução de sua demanda; (ii) no segundo caso, com a absorção integral, a tendência natural é que não haja alteração na demanda pelo produto/serviço (em razão da manutenção do preço), pelo que não seria cabível o pedido de lucros cessantes, mas apenas a reparação dos danos emergentes causados; e (iii) no terceiro caso, de repasse parcial, ambas as modalidades de danos poderiam se fazer presentes, eis que a alteração dos preços poderá resultar em

redução de demanda, e que houve ainda aumento injustificado do custo não repassado. Essas considerações deverão ser observadas pela vítima direta quando da formulação de seus pedidos, sob pena de levarem até mesmo ao indeferimento da petição inicial da ação indenizatória por inépcia do pedido¹²¹.

Item vi:

quantificação dos lucros cessantes

Como visto, nos termos do disposto no Código Civil, “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (CC, art. 402); essa a medida da legislação civil para definição do conceito de lucros cessantes: aqui que a vítima razoavelmente deixou de lucrar em razão do ato ilícito¹²². A literatura antitruste, desenvolvendo-se com base em conceito similar, define que a indenização pelos lucros cessantes deverá tomar como medida, em valor presente, o fluxo de lucros que a vítima teria auferido não fosse pelo impacto anticompetitivo da conduta do infrator¹²³.

GUILFOIL (1967) afirma que lucros cessantes decorrentes do ilícito antitruste são tradicionalmente apurados com base em uma análise comparativa entre a margem de lucros da vítima antes do início da prática anticompetitiva e a margem de lucro durante o período da prática — aqui entendida como a margem de lucro referente aos produtos/serviços atingidos pelo ilícito concorrencial —, acrescentados outros fatos

¹²¹ Basta observar que, se a vítima direta afirma ter repassado integralmente o sobrepreço, e postula a condenação por danos emergentes referentes justamente à cobrança desse sobrepreço, não haverá nexo lógico entre a causa de pedir e o pedido final; estará, pois, caracterizada a inépcia do pedido inicial.

¹²² De acordo com FISCHER (1938, p. 48), ““(…) não basta, pois, a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, e das circunstâncias especiais do caso concreto.” (FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no direito civil, São Paulo: Saraiva, 1938, p. 48)

¹²³ AREED, BLAIR e HOVENKAMP (2005) chamam a atenção para a necessidade não apenas de estimar o valor dos lucros que deixaram de ser auferidos, mas também de trazê-los a valor presente, como forma de evitar potenciais distorções. De um lado, em se tratando por exemplo de um cartel, em que a ação é ajuizada após a cessação da prática, essa afirmação parece autoevidente; entretanto, na perspectiva dos casos em que há fechamento de mercado, e o lucro cessante se refere a um momento posterior ao do ajuizamento da ação, a questão se torna menos óbvia e recomenda prudência no momento da quantificação.

relevantes que possam ter influenciado as condições do mercado alvo no período da infração¹²⁴.

Através dessa abordagem, toma-se como ponto de partida a manutenção no tempo da mesma margem de lucro auferida pela vítima no período anterior ao início da infração, ajustada na medida em que constatados fatos supervenientes capazes de influenciar o desenvolvimento do mercado alvo (entrada ou saída de novos players, alteração natural do preço de insumos, etc.), bem como outros que digam respeito apenas à própria vítima (relações contratuais com outros fornecedores/distribuidores, etc.)¹²⁵.

Esse mesmo modelo pode ser utilizado também para estimar os lucros cessantes decorrentes dos efeitos da infração sobre a capacidade de produção do comprador direto; isto é, aos casos em que a vítima direta não dispõe de condições econômicas para continuar comprando a mesma quantidade de insumos em razão do aumento de preços. Nesse caso, algumas adaptações deverão ser feitas para refletir ainda a perda da oportunidade da vítima direta de investir o lucro que lhe foi ceifado na ampliação de sua produção.

HOVENKAMP (1999) anota ainda uma segunda alternativa voltada aos casos em que a conduta anticompetitiva levou a vítima abandonar o mercado alvo (ou ainda tenha desistido de ingressar nesse mercado após ter realizado investimentos nesse sentido); trata-se da estimativa do valor que teria sido razoavelmente pago à vítima caso esta tivesse alienado o negócio a um terceiro comprador antes do início da prática anticompetitiva¹²⁶.

Item vii:

dever de mitigar o próprio prejuízo (o “duty to mitigate the loss”)

¹²⁴ Ob. cit., p. 654.

¹²⁵ Conforme observado pelo próprio GUILFOIL (1967), este método tende a se mostrar inadequado nos casos em que a vítima foi barrada de ingressar no mercado, na medida em que sequer chegou a auferir qualquer lucro:

"In this circumstance, then, a plaintiff was permitted to show lost profits by using past profits as a standard of comparison. However, recent or prospective entrants to an industry, because they lacked a profit history, were disqualified from collecting damages for lost profit. Such de facto discrimination against new firms in the interest of scientific damage calculation prevented plaintiffs during this period from recovering damages from proven monopolists." — Ob. cit., p. 649.

¹²⁶ No mesmo sentido HOYT, DAHL e GIBSON (1976)

Conforme anotado por Guilfoil (1967, p. 651), desde a primeira condenação imposta em ações indenizatórias privadas voltadas contra ilícitos antitruste, assentou-se a necessidade de a parte prejudicada utilizar-se de todos os meios razoáveis para fazer com que seu prejuízo fosse o menor possível¹²⁷.

Trata-se aí do chamado “dever de mitigar o próprio dano” (o “*duty to mitigate the loss*”), que recentemente vem sendo incorporado ao direito pátrio através de construções doutrinárias e jurisprudências que tomam por base o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. Cabe notar que, no Brasil, o dever de mitigar o próprio dano vem sendo reconhecido em discussões envolvendo matéria contratual, não se tendo notícia até o momento a respeito de sua aplicação aos casos envolvendo danos extracontratuais; no entanto, não parece haver óbice legal ao reconhecimento do dever de mitigar o próprio prejuízo em questão de responsabilidade civil não vinculadas a uma relação contratual.

De acordo com a teoria do “*duty to mitigate the loss*”, a parte prejudicada teria o dever de buscar adotar os meios à sua disposição para minimizar tanto quanto razoavelmente possível seus danos decorrentes de um ato de terceiro¹²⁸. Trata-se aqui de matéria de defesa¹²⁹, que deverá ser alegada e comprovada pelo infrator a fim de reduzir o valor de eventual condenação que lhe seja imposta.

No entanto, a aplicação concreta da teoria vem se dando sob uma perspectiva distinta, de evitar a inércia maliciosa (ou ao menos culposa) que possa agravar sua própria situação¹³⁰, como se observa em voto proferido pelo Ministro Massami Uyeda em

¹²⁷ Segundo GUILFOIL (1967, p. 651): “In the first treble damage case in which a damage award was allowed, the court held it ‘the duty’ of an injured party ‘to use all reasonable efforts to make any damage to his business as small as possible.’ 20 Lowry v. Tile, Mantel & Grate Ass’n, 106 Fed. 38, 47 (N.D. 20 Calif. 1900), aff’d sub nom. Montague & Co. v. Lowry, 193 U.S. 38 (1904).”

¹²⁸ “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”, essa a formulação dada pelo Conselho da Justiça Federal no Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil.

¹²⁹ Não se desconhece que, em diversos Estados, a jurisprudência norte-americana fixou-se no sentido de exigir do próprio autor a demonstração de que atendeu ao “*duty to mitigate the loss*”, facilitando assim a posição do infrator, que apenas contestará essa afirmação. Entretanto, a imposição desse ônus à vítima da infração se mostra excessiva e desarrazoada, devendo ser encarada como matéria de defesa a ser arguida pelo infrator em contestação; tanto mais porque, como se demonstra a seguir, a questão deverá ser analisada sob uma perspectiva do exercício regular ou abuso do direito da vítima de permanecer inerte em face à infração — evidente, portanto, que caberá ao réu da ação arguir a ocorrência de eventual abuso de direito por parte da vítima.

¹³⁰ Essa a preocupação central apresentada por Fradera (2004, p. 110-118):

julgamento do Superior Tribunal de Justiça: “a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.”¹³¹

TARTUCE (2007, p. 210) trata essa preocupação central com o exemplo de um contrato de locação em que, mesmo após meses sem pagamento, o credor retarda o ajuizamento da ação de despejo; ou ainda, no caso dos contratos bancários, em que a instituição financeira ao invés de promover a cobrança aguarda passivamente a escalada de valores em face da elevada taxa de juros¹³².

Trata-se aqui de aplicação nitidamente mais moderada do “*duty to mitigate the loss*” do que aquela observada na prática norte-americana, em que sua aplicação abrange tanto situações contratuais como extracontratuais, e em certos casos implicam em verdadeiro dever da parte de procurar alternativas para mitigar seu prejuízo.

GUILFOIL (1967, p. 652) ressalta que, em casos de imposição de sobrepreços (ou ainda recusas de contratar), a parte prejudicada teria que demonstrar que cumpriu com o dever de buscar quaisquer outros agentes do mercado alvo que pudessem fornecer o mesmo bem em valores inferiores aos praticados pelo infrator¹³³.

“(…) inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. (...) No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual. A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual.” — Fradera, Véra Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: Revista trimestral de direito civil, v. 5, n. 19, jul/set, 2004.

¹³¹ STJ. 3a Turma, Resp n. 758.518/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, d.j. 17.06.2010.

¹³² TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002, 2a ed. São Paulo: Método, 2007, p. 210.

¹³³ No original, GUILFOIL (1967, p. 652):

“(…) plaintiff was obliged to show that he was unable to procure the goods any- where at the same price as the defendant sold them. Once shown, damages were termed the difference between the higher price per unit actually paid to obtain the goods and the price at which the defendant sold his products to others, multi- plied by the quantity purchased by the plaintiff during the damage period.”

MILUTINOVIC (2007), por sua vez, ilustra a discussão a partir de um caso de preços predatórios, em que o agente prejudicado se vê diante de duas possibilidades: insistir em permanecer no mercado ou, reconhecendo a impossibilidade de concorrer contra os preços praticados por seu concorrente, simplesmente optar por se retirar do mercado. O próprio Milutinovic chama a atenção para o fato de que essa abordagem do “*duty to mitigate the loss*” poderia levar à conclusão que o agente deveria, a partir daquela constatação inicial, retirar-se do mercado o quanto antes, como forma de amenizar seus próprios prejuízos; ou seja, poderia levar à desarrazoada conclusão de que a vítima teria dever de contribuir para o sucesso da prática anticoncorrencial¹³⁴.

Levanta-se aqui ainda uma segunda questão, no campo das premissas: ao menos em um primeiro momento, o agente prejudicado dificilmente terá condições de avaliar que se trata efetivamente de uma prática de preços predatórios, e não apenas uma redução de preços regular e temporária; ausente essa informação, sequer haveria como se indagar acerca da possibilidade de o agente se retirar do mercado para evitar maiores prejuízos. O exemplo apresentado alerta para a necessidade de o interprete proceder com cautela na aplicação do “dever de mitigar o próprio prejuízo” ao caso concreto.

Como se pode observar, a prática estrangeira aponta para um “*duty to mitigate the loss*” muito mais restritivo para a vítima do que os exemplos vistos no Brasil. Há, porém, uma razão muito simples a justificar essa diferença: em situações gerais de responsabilidade civil, o sistema norte-americano (assim como inglês) aceitam a figura da indenização punitiva que alcança valores altíssimos, muito superiores ao valor da obrigação original; em matéria antitruste, por sua vez, o valor da indenização corresponderá a três vezes o valor do dano demonstrado pelo autor — tem-se aqui uma razão estrutural do sistema para que o elevado nível de exigência imposto sobre a parte que postula a indenização. Esse mesmo contexto não é observado no Brasil, em que o limite para uma indenização punitiva é dado segundo cláusula penal contratada e cujo valor é limitado ao valor da obrigação principal (e ainda assim, não é raro ver esse valor ser reduzido pela jurisprudência sob o argumento de que não seria proporcional à violação); em matéria antitruste, a condenação a ser imposta na ação privada se restringirá apenas às perdas e danos, sem qualquer acréscimo a título de penalização do infrator.

¹³⁴ MILUTINOVIC, V. Private enforcement: upcoming issues. In: AMATO Giuliano e EHLERMANN, ClausDieter (Org.). EC Competition Law A Critical Assessment. Hart Publishing, 2007.

No entanto, é necessário proceder com cautela ao importar institutos jurídicos de outros ordenamentos; no caso específico do “*duty to mitigate the loss*”, existem sérias diferenças estruturais entre o sistema norte-americano e o sistema brasileiro, que demandam a adaptação hermenêutica do instituto para que se adeque à realidade do sistema pátrio.

Nesse passo, a aceitação do “*duty to mitigate the loss*” ao caso em estudo demanda ponderações tanto de ordem teórica quanto prática: se de um lado a teoria vem sendo recepcionada na esfera contratual, com fundamento na cláusula geral da boa-fé objetiva, na esfera extracontratual (em que se inserem parte das infrações à ordem econômica), o “*duty to mitigate the loss*” tomará por base o instituto da “culposa concorrente”. Ou seja, a inércia culposa da vítima, cujo resultado direto seja o agravamento de seu próprio prejuízo, caracterizará a figura da culpa concorrente¹³⁵, com reflexos diretos sobre o valor a ser fixado a título de indenização; assim, a parcela do dano sofrido que tenha por causa direta a inércia da própria vítima deverá ser excluída do cálculo da indenização¹³⁶.

Nesse sentido, mostra-se acertada a roupagem que vem sendo dada pela jurisprudência ao instituto, no sentido de coibir a inércia dolosa/culposa do credor da obrigação com intento de majorar o gravame do devedor e obter assim maior vantagem

¹³⁵ Tal interpretação mostra-se em linha com a definição largamente aceita acerca do instituto da culpa concorrente, como se pode observar na lição de RIZZARDO (2013, p. 9):

“A indenização reparte-se quando há concorrência de culpas. E a concorrência é determinada pela presença de duas ou mais causas originadoras do evento. As causas são os comportamentos culposos. Somam-se as culpas determinantes do dano, aparecendo o vínculo de causalidade entre elas e os prejuízos. Não basta, assim, o procedimento culposos, mas deve apresentar-se o liame da causa e do efeito entre as culpas e o dano. É preciso que o mal sofrido seja consequência do ato culposos. Expressa Luiz Cláudio Silva: 'Tem-se como concorrente a culpa quando os envolvidos no evento danoso concorrem para o seu acontecimento. Assim, a responsabilidade é divindade entre eles, de acordo com a concorrência de culpa de cada um, sendo os prejuízos experimentados rateados nessa proporcionalidade'.”

¹³⁶ A esse respeito escreve DA SILVA (1983, p. 70):

“Modernamente, não obstante a existência de alguns códigos que determinam o partilhamento dos danos entre seus co-autores, o princípio vitorioso, mais generalizadamente aceito e que tende a se tornar uniforme, é aquele de acordo com o qual o partilhamento dos danos deve ser levado a efeito na proporção da gravidade da culpa de cada agente. Nesse sentido exatamente é que, segundo depoimento de Mazeaud e Mazeaud, tem-se inclinado avassaladoramente a jurisprudência na França, onde os tribunais que, de início, adotavam a tese romanística, por bem houveram de mudar de rumo passando a julgar, como agora vem acontecendo, no sentido de que, na hipótese da culpa comum, os danos se repartam entre os autores e vítimas, na proporção das respectivas culpas, numa gama percentual fracionária variada e oscilante (1/4, 1/3, 1/2, 1/8, 1/5, etc.), tudo segundo o prudente arbítrio do juiz.” (DA SILVA, Wilson de Melo. Da responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 70)

financeira; poder-se-ia até analisar a questão sob a perspectiva do abuso de direito, como feito por DIDIER (2009, p. 48)¹³⁷. Essa a mesma abordagem prática que deve ser dada ao instituto no caso das ações antitruste privadas: deve-se analisar apenas se houve omissão culposa da vítima quanto a alguma conduta que poderia ser seguida para reduzir seus próprios prejuízos¹³⁸; e ainda, se seria razoável exigir tal conduta por parte da vítima. Vale dizer que não cabe aqui impor à vítima as mesmas restrições observadas na prática norte-americana, simplesmente porque no Brasil a indenização corresponderá estritamente ao valor dos prejuízos sofridos.

Tem-se, assim, que a defesa com base no “*duty to mitigate the loss*” somente deverá ser aceita quando demonstrado pelo infrator a omissão culposa da vítima quanto à adoção de medidas razoáveis que pudessem ser utilizadas para mitigar seu prejuízo; uma vez atendidas essas condições, o valor dos prejuízos inicialmente calculados deverá ser descontado do valor que poderia ter sido mitigado pela própria vítima.

Título IV.

Notas sobre os aspectos processuais da ação antitruste privada

¹³⁷

Do mesmo modo também DIDIER (2009, p. 48):

“Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (supressio), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um ilícito processual caducificante.” — Didier Jr, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. In: Revista de processo, ano 34, 1, 171, mai/2009.

¹³⁸

Evidentemente, essa questão pressupõe uma análise preliminar quanto ao grau de informações à disposição da vítima ao longo do período alvo; retomando o exemplo dos preços predatórios, no primeiro momento, a vítima simplesmente não tem como saber se está diante de uma simples promoção ou queima de estoque — ou qualquer condição meramente temporária que permitisse a seu concorrente oferecer legalmente seus produtos naquela margem de preços —, ou se está efetivamente sendo lesada através de uma prática de preços predatórios.

Traçadas as premissas básicas com relação à responsabilidade civil decorrente dos atos de concorrência que violam a ordem econômica, passa-se agora a tratar de modo geral das principais questões referentes processuais referentes à ação antitruste privada com vista à reparação dos prejuízos sofridos por tais atos.

Capítulo 1:

Condições da ação

Estabelecidas as premissas básicas dos estudo, inicia-se a análise da ação antitruste privada pelas chamadas condições da ação¹³⁹, a que se refere o art. 267, VI do Código de Processo Civil: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual¹⁴⁰.

Tendo em vista que as ações aqui tratadas tem por objeto a reparação de prejuízos causados por infrações à ordem econômica, através do pagamento de indenizações pecuniárias, a questão da possibilidade jurídica do pedido¹⁴¹ se mostra desde logo superada.

¹³⁹ Com relação aos pressupostos processuais (ligados à existência da relação processual) — órgão investido de jurisdição, capacidade jurídica do autor e existência de demanda —, e requisitos de validade do processo — subjetivos (competência e imparcialidade do julgador, e capacidade processual e postulatória das partes), e objetivos (respeito à forma legal e ausência de perempção, litispendência, coisa julgada ou convenção de arbitragem —, não parece haver qualquer particularidade, em face do tema ora tratado, que justifique uma abordagem mais ampla neste trabalho. Tais questões foram propriamente tratadas por José Carlos Barbosa Moreira (Sobre pressupostos processuais, in *Temas de direito processual civil: segunda série*, São Paulo, Saraiva, 1989) e Fredie Didier Jr. (Pressupostos processuais e condições da ação, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 10 e ss).

¹⁴⁰ Segundo Chiovenda, “1. a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2. a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3. o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos” — *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 108.

¹⁴¹ Apenas adaptando a lição citada na nota anterior ao moderno sistema processual, haverá a possibilidade jurídica do pedido tanto quando houve uma vontade de lei assegurando prestação como a deduzida pelo autor; como quando não houve vontade de lei vetando a prestação pretendida. Como afirma Sérgio Bermudes: “Entende-se como possibilidade jurídica a tutelabilidade abstrata do pedido do autor. Em outras palavras, cumpre ao autor formular pedido que, em tese (isto é, abstraída a situação por ele levada a juízo), possa ser concedido. (...) Não é preciso que o autor peça algo explicitamente previsto em lei. Basta que reclame prestação cuja outorga o direito positivo não proíba, nem por disposição expressa, nem implicitamente” — *Introdução ao processo civil*, 5a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 53-55.

Quanto às partes ¹⁴², segundo tradicional entendimento doutrinário, temerá legitimidade para propositada da ação (legitimidade ativa) ¹⁴³ aquele que alegar ter sofrido prejuízo em razão um ilícito antitruste, postulando sua reparação; e, de outra sorte, terá legitimidade passiva aquele que alegadamente praticou o ilícito, dando causa ao prejuízo ¹⁴⁴.

Dessa forma, possui legitimidade ativa para o ajuizamento da ação — tratada entre os norte-americanos como *standing* ¹⁴⁵ - ¹⁴⁶ — o particular diretamente prejudicado pela infração à ordem econômica (para ajuizamento da ação individual), ou ainda as

¹⁴² Novamente na lição de CHIOVENDA: "Parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada" — Ob. cit., vol. II, pp. 320-321.

¹⁴³ Nas palavras de Alcides de Mendonça Lima, "parte legítima — que se apresenta como o requisito da legitimidade para a causa — é aquela a quem, 'em tese', a lei concede a ação, pressupondo-se a veracidade dos fatos alegados" — Dicionário do Código de Processo, 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 377.

¹⁴⁴ Cumpre esclarecer que, para determinadas situações, a própria lei poderá definir especificamente o legitimado para a propositura de determinada ação (como se dá no caso das ações previstas na lei das sociedades por ações). Entretanto, ausente disposição específica (como é o caso das ações antitruste privadas), a legitimidade será aferida simplesmente com base no quadro traçado pelo autor em sua inicial, como afirma Sérgio Bermudes: "Quando a lei não definir, suficientemente, o titular da situação legitimante, a legitimidade, então, se configura na simples coincidência entre a situação afirmada (apenas afirmada) pelo autor, ao propor a ação, e o esquema de proteção traçado pela lei. (...) No exemplo, pode o acidente não ter ocorrido, ou não haver qualquer dano a compor, o que determinara a improcedência do pedido. Legitimidade, contudo, haverá pela simples coincidência entre o quadro traçado pelo autor e o esquema da lei" — ob. cit., pp. 54-55.

¹⁴⁵ Há aqui de se ressaltar que na prática norte-americana, a proliferação de ações antitruste privadas foi de tal sorte expressivo — beneficiadas pela própria estrutura do contencioso privado daquele país (com os institutos da *discovery* e do *triple damages*) —, os tribunais passaram a impor uma série de óbices ao ajuizamento e processamento de tais ações.

Dentre esses, destaca-se a já mencionada restrição imposta à legitimidades de partes (ou *standing*) alegando prejuízos reflexos em razão de infrações às normas antitruste — abrangendo desde trabalhadores cujas empresas acabaram por fechar as portas como consequência dos efeitos de determinado cartel, chegando, por vezes, até mesmo a consumidores finais, cujo prejuízo seria decorrente do repasse de sobrepreços pelos demais players de uma mesma cadeia de produção.

Tais restrições, no entanto, mostram-se inviáveis à luz da legislação nacional, especialmente em face do disposto no art. 47 da atual lei de defesa da concorrência e 927 do Código Civil. Perante o juízo pátrio, basta que a parte demonstre a ilicitude da conduta, a existência de prejuízo efetivo, e o nexo de causalidade entre esse prejuízo e a infração, para que lhe seja concedido o direito à reparação civil.

¹⁴⁶ Ressalva-se aqui ainda a posição de FRANCESCHINI (2005): partindo da premissa de que o CADE seria detentor de um monopólio legal para interpretação e aplicação da lei de defesa da concorrência, defende que as ações antitruste privadas deveriam ser sobrestadas até a decisão definitiva pela autoridade administrativa; e justifica afirmando que, antes da condenação administrativa, o particular não teria legitimidade (*standing*) para obter um julgamento de mérito. (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Private competition enforcement: Is there room for CADE? In: Competition International Law, Out/2005, pp. 17-21.

Ressalta-se desde logo: a decisão a ser proferida na esfera judicial na ação privada não está vinculada à decisão administrativa; conforme dispõe o próprio art 47 da lei n. 12.259/11 (art. 29 da lei n. 8.884/94), há total independência entre a esfera judicial e a esfera administrativa.

entidades descritas na lei, responsáveis pela defesa dos interesses coletivos (para ajuizamento da ação coletiva).

Com relação à legitimidade passiva, anota-se que o autor da ação poderá mover a ação contra todas as partes responsáveis pela infração, em litisconsórcio passivo comum¹⁴⁷ e facultativo¹⁴⁸; trata-se, portanto, de mera faculdade do autor¹⁴⁹ (litisconsórcio facultativo), que poderá mover a ação contra qualquer dos infratores individualmente¹⁵⁰. Caso o autor opte pela inclusão de apenas um dos infratores, este poderá, na forma do art. 77, III do Código de Processo Civil, requerer o chamamento ao processo dos demais

¹⁴⁷ Fala-se em caso de litisconsórcio unitário quando as partes estiverem vinculadas a uma mesma relação material indivisível, ou incindível — demandando, pois, tratamento unívoco; nesses casos, segundo Cândido Rangel Dinamarco, "em que se dizer que a relação jurídica material é incindível, vê-se que a sentença contendo disposições incompatíveis entre si traria em seu próprio bojo a razão de sua inutilidade, pois não teria como impor os efeitos conflitantes". Assim, "*existe uma relação de causa e efeito entre a natureza da relação jurídica controvertida (indivisível, ou incindível) e essa necessária homogeneidade de julgamento de meritis. Por isso é que, como na maioria dos casos a res in judicium deducta tem no direito material a sua disciplina, costuma-se dizer também que tem origem neste a determinação dos casos de litisconsórcio unitário*" — Litisconsórcio, p. 156-157. E, nesse mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, Litisconsórcio unitário, p. 146.

Nos casos em apreço, como se adiantou, fala-se apenas em litisconsórcio comum (e não unitário), pois ausente a indivisibilidade da relação jurídico-material de origem, não sendo necessário, portanto, uma sentença uniforme para todos os réus: poderá a sentença reconhecer a infração com relação a parte dos réus, e não aos demais.

Na realidade, muito embora melhor doutrina alerte contra os riscos de se empreender a análise da natureza do litisconsórcio com base na natureza do provimento postulado em juízo, é de se observar que o litisconsórcio unitário é estranho às demandas em que se busca um provimento condenatório para pagamento de quantia certa. Nesses casos, tem-se que: (i) havendo solidariedade entre os devedores, o credor poderá cobrar conjunta, ou isoladamente, à sua escolha (CC, arts. 942 e 275); e (ii) não havendo solidariedade, o credor terá de demandar contra cada devedor individualmente.

¹⁴⁸ Fala-se aqui em litisconsórcio comum (e não necessário), eis que ausente qualquer disposição legal expressa determinando a cumulação subjetiva — bem pelo contrário: há previsão expressa atribuindo ao autor da ação (credor), a faculdade de incluir ou não os demais infratores na pólo passivo (CC, art. 942 c/c 275).

¹⁴⁹ Como se disse, tal conclusão decorre das próprias regras de direito material, que estabelecem a responsabilidade solidária dos infratores pela reparação dos prejuízos causados (CC, art. 942).

Assim, em se tratando de obrigação solidária (reparação do dano), poderá o credor (vítima do dano) manejar a ação contra todos os infratores conjuntamente, contra apenas parte dos infratores, ou ainda, contra apenas um dos infratores (CC, art. 275) — de acordo com a estratégia processual que melhor lhe aprouver.

¹⁵⁰ Lembrando aqui que, em regra, a ação antitruste privada terá por objeto a reparação de um prejuízo consistente no sobrepreço gerado em razão da infração. Assim, ainda que esse sobrepreço tenha sido cobrado por um infrator determinado, sua origem está na conduta coordenada contrária à ordem econômica — esse o ato ilícito, do qual o sobrepreço (dano) é apenas o resultado final.

Dessa forma, e nos termos do art. 942 do Código Civil, haverá solidariedade passiva entre os responsáveis pela infração, autorizando o prejudicado a ingressar com a ação contra todos conjuntamente, ou contra qualquer um deles, isoladamente (CC, art. 275); sequer existe, assim, a necessidade de o autor incluir no polo passivo o infrator que lhe cobrou diretamente o sobrepreço — poderá manejar a ação contra outro dos infratores. Evidente que, nesse caso, o autor continuará tendo o ônus de comprovar que aquele que lhe vendeu diretamente o produto com sobrepreço participou do cartel juntamente com o réu da ação — especialmente nesses casos, justificar-se-ia o chamamento ao processo do outro infrator.

infratores¹⁵¹, que poderá ou não ser deferido pelo magistrado, a depender das particularidades do caso concreto¹⁵².

Por fim, em se tratando de tutela de natureza condenatória (buscando a condenação do infrator ao pagamento de indenização), a análise do interesse de agir estará adstrita apenas às alegações contidas na petição inicial: cabe ao autor apresentar¹⁵³ em sua argumentação a existência de um dever jurídico abstrato e seu descumprimento pelo réu, de modo a ensejar o dever de indenizar.

Item i:

ainda a legitimidade ativa, um parêntese

Um dos principais entraves para a utilização da ação antitruste privada por parte do consumidor prejudicado, segundo se apurou anteriormente, diz respeito à ausência de

¹⁵¹ Tratando-se de obrigação solidária, aquele que é demandado pelo credor e satisfaz a dívida tem contra os demais devedores um crédito correspondente à responsabilidade de cada um na obrigação principal.

Como forma de facilitar o direito de regresso, dispôs a lei processual que, quando o credor exigir de um ou de alguns dos devedores solidários, parcial ou totalmente, a dívida comum, será admissível o chamamento ao processo de todos os devedores solidários (CPC, art. 77, inc. III). Assim, no mesmo prazo para contestação, o réu poderá requerer o chamamento ao processo dos demais infratores (com suas respectivas citações), para que o juiz declare, na mesma sentença, a medida da responsabilidade de cada um dos obrigados (CPC, art. 78) — valendo essa sentença como título executivo, em favor daquele devedor que satisfizer a dívida, contra os demais, na medida de suas respectivas responsabilidades (CPC, art. 80).

¹⁵² Não é novidade que o aumento no número de sujeitos processuais traz consigo um aumento na complexidade tanto para a condução como para o efetivo desfecho da causa. Daí dispor o parágrafo único do art. 46 da lei processual que "*o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa*".

Tal disposição tem aplicação tanto para fundamentar o indeferimento do pedido de intervenção de terceiros (como chamamento ao processo, ou ainda assistência), como para fundamentar o desmembramento da lide, caso o litisconsórcio multitudinário tenha sido instituído pelo próprio autor.

A esse respeito ensina Candido Rangel Dinamarco: "*seja quanto à natureza e intensidade das dificuldades trazidas, seja quanto ao próprio número dos litisconsortes, que multiplica essas dificuldades na razão direta de seu próprio crescimento, é a sensibilidade do juiz que o levará a ver, em cada caso concreto, até onde o litisconsórcio é admissível e a partir de onde as desvantagens preponderam. (...) Cumpre-lhe impor o desdobramento sempre que perceber que o litisconsórcio multitudinário poderá chegar a níveis de complicação capazes de embaraçar o próprio exercício da jurisdição, conforme descrito mais acima; essa é uma razão de ordem pública, que ele deve considerar ex officio.*" — Litisconsórcio. São Paulo: Malheiros, 3009, p. 410.

¹⁵³ A comprovação de tais alegações, análise do atendimento ao ônus probatório, e enquadramento dos fatos à norma jurídica invocada, são questões relegadas para um segundo momento, quando do enfrentamento do próprio mérito da ação.

incentivo econômico para tanto, na medida em que seus gastos com o processo tendem a ser superiores ao proveito econômico que *poderá* obter em caso de êxito¹⁵⁴.

Recorrendo ao direito comparado, no exemplo norte-americano, observou-se que os interesses dos consumidores são amplamente tutelados pelo sistema de ações coletivas (*class actions*)¹⁵⁵.

Essa, no entanto, não foi a única alternativa encontrada para viabilizar o acesso do consumidor final à reparação dos prejuízos que sofreu em razão do ilícito concorrencial.

No direito europeu, há exemplo de casos em que consumidores negociam seu direito à reparação com um terceiro, que se sub-roga no direito de processar e postular a indenização perante os infratores¹⁵⁶. Na prática, esse terceiro, vislumbrando aí um potencial de investimento, negocia junto a um grupo de consumidores a aquisição do crédito (indenizatório) destes contra os infratores¹⁵⁷, mediante o pagamento de um determinado valor (indenização estimada menos um valor a título de deságio).

Nessa *operação*, os consumidores recebem (de imediato) alguma reparação pelos prejuízos sofridos, mediante o deságio cobrado pelo terceiro; ao passo que a ação passa a ser movida pelo terceiro, que adquiriu o crédito.

Muito embora não haja notícia quanto à realização de operação semelhante entre nós, cabe consignar que sua estrutura¹⁵⁸ é perfeitamente aceitável à luz do direito nacional — trata-se de direito disponível, que poderá ser tranquilamente cedido¹⁵⁹ pelo consumidor

¹⁵⁴ Situação ainda agravada pela ausência de jurisprudência formada sobre a matéria, que reflete no agravamento do risco de insucesso da demanda.

¹⁵⁵ De acordo com o sistema de ações coletivas adotado no Brasil, a reparação do consumidor prejudicado dependeria da iniciativa de um dos legitimados (rol estreito) para propositura da ação civil pública.

¹⁵⁶ PEYER, Sebastian. Private antitrust litigation in Germany from 2005 to 2007: Empirical Evidence. In: Journal of Competition Law and Economics, 8 (2), 2012, pp. 331-359.

¹⁵⁷ Podendo ser feito por meio de oferta ao público.

¹⁵⁸ Apenas a título de ilustração, o consumidor poderá outorgar procuração para que este terceiro o represente contra os infratores; atrelando-se aí um acordo paralelo no qual o consumidor cede ao terceiro seu crédito, assumindo esse terceiro os riscos e custos daí decorrentes (custos do processo e riscos quanto à existência e dimensão do crédito).

¹⁵⁹ A rigor, cedido o crédito, o cessionário não mais se poderia chamar terceiro, eis que passaria ter legitimidade direta para acionar o infrator — como se depreende da clássica doutrina processual, como, por exemplo: Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 110.

a um terceiro que vislumbre razoável potencial de investimento no ajuizamento da ação antitruste privada.

Capítulo 2:

A prescrição

Dentre os principais entraves tradicionalmente observados na praxes comercial como entraves à utilização da ação antitruste privada, destaca-se a prescrição como uma das matérias sensíveis à reparação dos danos causados por ilícitos antitruste, e, conseqüentemente, um dos possíveis entraves a seu desenvolvimento.

Item i:

delimitando a questão

Historicamente, o desenvolvimento das ações antitruste privadas tem início com a chamada "*follow on action*" — a ação privada que se segue à decisão proferida pela autoridade antitruste —, na qual o autor enfrenta menores dificuldades para comprovar a existência da infração e a responsabilidade de seus infratores (questões já apuradas pela autoridade antitruste), concentrando-se apenas na prova da existência e extensão de seu prejuízo.

A importância da ação privada na modalidade "*follow on*" está ligada à criação de uma cultura da concorrência, pois permite ao particular prejudicado ingressar com a ação contando com razoável margem de segurança quanto a seu êxito — essa assertiva é amplamente corroborada pelo histórico da experiência norte-americana.

No Brasil, essa importância tende a ser ainda maior, justamente pelas características de nosso sistema processual¹⁶⁰, especialmente no tocante às dificuldades para investigação comprovação do ilícito antitruste.

E exatamente aí entra a questão da prescrição.

De acordo com o Código Civil em vigor, prescreve em 3 (três) anos a pretensão de reparação civil (CC, art. 206, §3, V)¹⁶¹ — não havendo previsão de lei especial sobre o tema¹⁶².

Tem-se, portanto, a preocupação de que as ações privadas já estejam prescritas ao tempo da condenação administrativa pelo CADE. Essa, em síntese, a relevância da matéria sobre o tema ora em análise.

Item ii:

a teoria da actio nata e o art. 189 do Código Civil

O tratamento do instituto da prescrição no atual Código Civil recebeu influência direta da obra de Antônio Luís da Câmara Leal, que ao discorrer sobre o tema, ainda sob a vigência do Código de 1.916, definia como elementos da prescrição: “*seu objeto: a ação ajuizáveis; sua causa eficiente: a inércia do titular; seu fator operante: o tempo; seu fator neutralizaste: as causas legais preclusivas de seu curso; seu efeito: extinguir a ações*”¹⁶³.

¹⁶⁰ Como já mencionado anteriormente, na comparação com o modelo norte-americano, tema que, de um lado, a inexistência do sistema de “discovery” dificulta a investigação e comprovação do ilícito, e, de outro lado, que a ausência dos “treble damages” subtrai interesse econômico de particulares para investir nessa empreitada.

¹⁶¹ Do mesmo modo, prescreve em três anos a pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa (CC, art. 206, §3, IV).

¹⁶² Não aproveita ao particular o prazo de 05 (cinco) anos previsto na lei de defesa da concorrência, eis que este se refere exclusivamente às “ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta” (art. 46)

¹⁶³ Antônio Luís da Câmara Leal. Da Prescrição e da Decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 11-12.

Nesses termos, a prescrição pressupõe a existência de uma ação ajuizável, ou, em outras palavras, que haja nascido uma ação — daí a teoria da *actio nata*¹⁶⁴.

Também de sua obra a clássica definição das condições elementares para se verificar a ocorrência da prescrição: (i) a existência de uma ação exercitável (*actio nata*); (ii) a inércia do titular da ação pelo seu não exercício; (iii) a continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; e (iv) a ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional¹⁶⁵.

Com a reforma legislativa, a teoria da *actio nata* foi encampada pelo atual Código Civil, em seu art. 189, mas com um temperamento oriundo da doutrina alemã: não mais se fala em prescrição da ação, mas sim em prescrição da pretensão¹⁶⁶.

Dessa forma, o primeiro elemento (“existência de uma ação exercitável”) passa a ser entendido como “*existência de uma pretensão que possa ser deduzida em juízo*”. E o próprio art. 189 esclarece: a pretensão nasce para seu titular a partir da violação do direito.

Transpondo a premissa para o campo deste trabalho, tem-se que: violada a norma concorrencial, nasce para o prejudicado a pretensão de reparação (art. 189), que se extingue, pela prescrição, no prazo de 03 anos (art. 206, §3, V).

Item iii:

o elemento da inércia e o dies a quo da fluência do prazo prescricional

De longa data, no entanto, observa-se a discussão se as condições da prescrição devem ser interpretadas de modo estritamente objetivo, ou se haveria espaço para um elemento objetivo. Isto é: se bastaria o elemento objetivo da violação do direito (e

¹⁶⁴ Citar influência do direito romano.

¹⁶⁵ Idem, p. 12.

¹⁶⁶ Afasta-se, com isso, a confusão terminológica entre o moderno conceito de ação e aquele sob influência do direito romano.

nascimento da pretensão), ou se seria necessário um elemento subjetivo, da ciência, por parte do titular desse direito, de sua violação¹⁶⁷.

Nota-se que a questão não diz respeito ao primeiro elemento da prescrição, referente ao nascimento da pretensão ajuizável — eis que esta nasce com a violação do direito, e desde logo poderia ser exercida (sob a perspectiva estritamente jurídica) —, mas sim ao segundo elemento: a inércia de seu titular. Cuida-se de saber se basta o decurso do tempo sem ajuizamento da ação, ou se seria necessária a prévia ciência do titular do direito, quanto a essa violação, para caracterizar a inércia.

Já Câmara Leal, ao tratar do tema, afirma que *“não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular - cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt, - não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação”*¹⁶⁸.

A questão ganha especial relevância quando da análise de ilícitos complexos, nos quais há dificuldade em se observar a ligação entre o resultado nocivo e a violação de algum direito. E não faltam exemplos na jurisprudência para ilustrar essa preocupação: danos à saúde causados por produtos até então desconhecidos no ambiente de trabalho; prejuízos causados por infrações ambientais, etc.

Nesses casos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se consolidando¹⁶⁹ no sentido de conferir o necessário temperamento ao disposto no art. 189 do Código Civil, de forma a definir o *dies a quo* da fluência do prazo prescricional como o

¹⁶⁷ Se, de um lado, o próprio instituto da prescrição tem por finalidade a segurança jurídica, de modo a evitar a perpetuação das situações de incerteza; por outro lado, também é tratada como efeito inerente à inércia e à negligência do titular da pretensão.

¹⁶⁸ Ob. cit., pp. 36-37.

¹⁶⁹ Não se ignora aqui a existência de precedentes antigos afirmando que a fluência do prazo prescricional teria início independentemente da ciência, por parte do prejudicado, da violação ao direito. Entretanto, como visto, tal entendimento mostra-se absolutamente superado em face às necessidades sociais decorrentes das violações a direitos difusos, muitos mais sofisticadas e tênues aos olhos das vítimas do que os tradicionais atos ilícitos enfrentados pela jurisprudência, e que serviram de base para a formação de uma jurisprudência já superada. Nesse sentido atual a tendência atual, destacada nos precedentes já indicados, que vem se firmando no sentido de reconhecer a necessidade da ciência prévia do titular da ação, sem a qual não tem início a contagem do prazo prescricional.

momento em que titular da pretensão toma ciência inequívoca da violação ao direito e da extensão de seus efeitos^{170 171}.

Tal orientação tem como pano de fundo a seguinte constatação: ainda que juridicamente possível o exercício da pretensão desde a violação do direito, não há como se exigir de seu titular que ajuíze a ação antes mesmo de ter ciência da existência do ilícito e seus efeitos.

Daí se dizer que a fluência do prazo prescricional da pretensão indenizatória somente terá início a partir da ciência inequívoca sobre a violação do direito e seus efeitos.

Mais uma vez trazendo a questão para o âmbito deste estudo, toma-se, a título de ilustração, um exemplo básico: um grupo de agentes econômicos que firmam entre si acordo de fixação de preços, com base no qual passam a oferecer seus produtos no

¹⁷⁰ Cita-se, a título de exemplo;

"Com efeito, o curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa conhecer o fato e a extensão de suas conseqüências, conforme o princípio da *actio nata*." (STJ, 2T, REsp 1.257.387, Rel. Min Eliana Calmon, dj. 05.09.13)

"Deveras, na ação de improbidade, o termo a quo do prazo prescricional conta-se da ciência inequívoca, pelo titular de referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo. O fato de o ato de improbidade ser de notório conhecimento de outras pessoas que não aquelas que detém a legitimidade ativa *ad causam*, em nada interfere na fluência do prazo prescricional uma vez que, repita-se, a prescrição presume inação daquele que tenha interesse de agir e legitimidade para tanto." (STJ, 1T, REsp 999.324/RS, Rel. Min. Luiz Fux, dj. 26.10.10)

"E como se não bastasse, em casos como o presente, sem a comprovação inequívoca do conhecimento da contaminação de sua filha, ou de sua propriedade, por conta dos produtos tóxicos lançados na área, não se poderia exigir que a autora promovesse a demanda. Essa é a linha de pensamento que vem sendo adotada por esta Corte em várias situações (...)" (STJ, 3T, REsp 1.346.489/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, dj. 11.06.13)

¹⁷¹ Do mesmo modo o enunciado de Súmula n. 278 do Superior Tribunal de Justiça (referente à pretensão indenizatória por incapacidade laboral), e, ainda na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 1a Turma: REsp 294.070/PR, Rel. Min. José Delgado, dj. 15.03.01; REsp 999.324/RS, Rel. Min. Luiz Fux, dj. 26.10.10; REsp 864.698/RS, Rel. Min. Luiz Fux, dj. 22.09.08; REsp 909.990/PE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, dj. 24.5.10; REsp 816.131/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, dj. 07.05.07; REsp 700.716/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, dj. 17.04.06; REsp 718.269/MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, dj. 29.03.05; REsp 767.143/DF, Rel. Min. Luiz Fux, dj. 31.05.07. 2a Turma: REsp 1.248.981/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, dj. 06.09.12; REsp 1.257.387, Rel. Min. Eliana Calmon, dj. 05.09.13; AgRg no REsp 1.375.480/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, dj. 06.06.13; REsp 1.089.390/SP, Rel. Min. Castro Meira, dj. 24.03.09; REsp 735.377/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, dj. 27.06.05. 3a Turma: REsp 1.346.489/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, dj. 11.06.13; REsp 683.187/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, dj. 15.05.06; REsp 712.721/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, dj. 08.05.06; REsp 683.187/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, dj. 15.05.06. 4a Turma: REsp 777.560/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, dj. 07.11.05; AgRg no REsp 1.002.620/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, dj. 24.05.10; AgRg no AG 1.098.461/SP, Rel. Min. Raul Araújo, dj. 02.08.10. 5a Turma: REsp 264.730/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, dj. 26.03.01. 6a Turma: AgRg no AG 909.996/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis, dj. 26.11.07. 2a Seção: AgRg na AR 3.230/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, dj. 26.06.06.

mercado por valor superior àquele anteriormente praticado no regime de livre concorrência.

O consumidor que adquire tais produtos poderá sentir a redução em seu nível de bem estar, em razão da elevação dos preços, mas não terá condições de apurar a existência de uma violação à sua esfera de direitos. Em outras palavras: em um primeiro momento, esse aumento de preços será entendido pelo consumidor como uma alteração regular no mercado, e não como consequência de uma infração à ordem econômica.

Nesse caso, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação antitruste privada não poderá ser contado da data da efetiva violação ao direito desse consumidor (data da compra com sobrepreço), mas sim da data em que este tiver ciência inequívoca dessa violação — só a partir desse momento que se poderá falar em inércia quanto ao exercício da pretensão à reparação civil.

Como visto, trata-se de elemento eminentemente subjetivo, que deverá ser analisado caso a caso, sendo inviável uma definição *ex ante* para todos os possíveis prejudicados pelas infrações — especialmente no que diz respeito a grandes agentes do mercado, com acesso a um grau mais elevado de informações do que a massa de consumidores finais.

Ainda assim, em se tratando do consumidor final, parece seguro afirmar que, em regra¹⁷², este somente terá ciência inequívoca acerca da existência da infração à ordem econômica — e seus efeitos — após o término da investigação administrativa, com a publicação de seus resultados através da decisão do CADE¹⁷³.

Por fim, tendo em vista a complexidade da matéria, mostra-se razoável imputar ao autor apenas o ônus de afirmar o momento em que tomou ciência inequívoca da infração; e ao réu o ônus de comprovar a eventual imprecisão dessas informações.

¹⁷² Podem haver exceções, como, por exemplo, a divulgação na mídia acerca da celebração de um acordo de leniência — na medida em que a confissão do agente econômico, na assinatura do acordo, denotaria de modo inequívoco a existência de uma infração e da possibilidade do ajuizamento da ação civil.

¹⁷³ Não significa dizer que o consumidor somente poderá ajuizar a ação em caso de condenação administrativa, pois é perfeitamente possível que o resultado das investigações não seja suficiente para a condenação administrativa / criminal, e ainda assim satisfaça os requisitos probatórios necessários para a condenação à reparação civil.

O que se está dizendo é, apenas, que dado o caráter sigiloso das investigações, o consumidor somente terá efetiva ciência de seu resultado — e da existência ou não de elementos a configurar a infração, e, pois, a responsabilidade civil — após a publicação da decisão administrativa.

Item iv:

o caso específico dos cartéis; o art. 200 do Código Civil e o trâmite do processo sancionador

Oportuno, nesse passo, lembrar que determinadas condutas, reputadas pela lei de defesa da concorrência como infrações à ordem econômica, são também tipificadas como ilícitos penais (crimes contra a ordem econômica) — como se dá com os cartéis, tipificados como crime contra a ordem econômica pelo art. 4 da lei n. 8.137/90 (com redação dada pela lei n.12.529/11).

A distinção é relevante pois, “*quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva*”¹⁷⁴, conforme disposto no art. 200 do Código Civil.

Há aqui que se fazer um esclarecimento prévio: não se deve confundir a ação indenizatória (sujeito ao regular processo de conhecimento), com a execução do título executivo judicial consubstanciado na sentença condenatória penal (CC, art. 935; CPC, art. 475-N, II; CPP, art. 63).

Na primeira, o prejudicado ingressa com a ação indenizatória alegando a ocorrência de infração à ordem econômica, que deverá ser regularmente comprovada no curso da instrução processual, juntamente com os danos sofridos pelo autor e o nexo de causalidade entre a infração e o prejuízo alegado. Já na segunda, toma-se a sentença condenatória penal como título executivo judicial para instrumentalizar a ação de execução, na qual o exequente deverá apenas quantificar seus prejuízos (também lembrando que o art. 63 do Código de Processo Penal autoriza a liquidação dos prejuízos na esfera cível em sede de ação de execução).

¹⁷⁴ Guardadas as devidas ressalvas, também a lei n. 12.529/11, ao tratar da prescrição administrativa, também faz remissão à lei penal: “*quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.*”

A disposição contida no art. 200 do Código Civil se aplica somente à primeira: em se tratando de pretensão à reparação civil por prejuízos causados por ilícito penal¹⁷⁵, suspende-se a fluência do prazo prescricional com a instauração da investigação criminal¹⁷⁶ (inquérito) até seu desfecho — que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, poderá se dar tanto com o arquivamento do inquérito¹⁷⁷, como com o trânsito em julgado da sentença penal (seja ela absolutória ou condenatória¹⁷⁸).

175

Nesse sentido:

"Se os fatos apurados no juízo criminal são relevantes e repercutem na pretensão indenizatória, por razões óbvias as esferas criminal e cível se comunicam. O prazo prescricional da reparação civil deve ficar suspenso até que, na esfera criminal, a questão seja solucionada. Inteligência do artigo 200 do Código Civil." (STJ. 3T, AREsp 268.847/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, dj. 29.05.13)

176

Assim o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.135.988:

"Estabeleceu a norma, em prestígio à boa-fé, que o início do prazo prescricional não decorre da violação do direito subjetivo em si, mas, ao revés, a partir da definição por sentença, no juízo criminal, que apure definitivamente o fato. A aplicação do art. 200 do Código Civil tem valia quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal - isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal -, sendo fundamental a existência de ação penal em curso (ou ao menos inquérito policial em trâmite)." STJ. 4T, REsp 1.135.988/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, dj. 17.10.13)

Entretanto, não instaurado o competente inquérito, entende-se pela não suspensão do prazo prescricional:

"3. Inaplicabilidade da regra do art. 200 do CC/2002 ao caso, em face da inocorrência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e criminal, pois não instaurado inquérito policial ou iniciada ação penal.

4. Interpretação sistemática e teleológica do art. 200 do CC/2002, com base na doutrina e na jurisprudência cível e criminal desta Corte." (STJ. 3T, REsp 1.180.237/MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, dj. 22.06.12)

177

"Quando a ação cível se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, sendo irrelevante que a respectiva ação penal não tenha sido proposta, se houve a abertura de inquérito policial posteriormente arquivado. Inteligência do art. 200 do atual Código Civil." (STJ. 5T, REsp 920.582/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, dj. 24.11.08)

Notando que, quando a instauração da investigação criminal precede a ciência inequívoca do ato lesivo, o prazo prescricional estará suspenso desde seu início, somente começando a fluir após o desfecho na esfera criminal:

"4. Aliás, é precedente da Corte que "se o ato ou fato danoso está sendo apurado na esfera criminal, com ilícito, em nome da segurança jurídica aconselha-se a finalização, para só então ter partida o prazo prescricional, pelo princípio da actio nata." (REsp 254.167/PI)

5. In casu, versa hipótese em que a questão estava sendo discutida na esfera criminal, mas não chegou a ser ajuizada a competente ação penal, motivo pelo qual o termo a quo da prescrição da ação

Cabe lembrar que mesmo a sentença penal absolutória não impede a condenação à reparação civil — salvo nos casos de declaração quanto à existência do ato ou sua autoria (CC, art. 935) —, uma vez que há independência entre as esferas cível e criminal, e que o nível de comprovação dos fatos (grau de certeza) exigido no processo criminal é em regra mais rígido que aquele necessário à condenação civil.

Assim, nada impede que, mesmo após o arquivamento do inquérito, ou ainda, o trânsito em julgado da sentença penal absolutória, o prejudicado venha a ingressar com a ação para reparação civil, valendo-se do benefício concedido pelo art. 200 do Código Civil — suspensão do prazo prescricional com a instauração da investigação criminal, e retomada da contagem com seu desfecho^{179 180}.

Em se tratando da mera execução de sentença penal condenatória (título executivo judicial), não há que se falar em suspensão do prazo prescricional, mas sim de inauguração (*dies a quo*) do prazo — simplesmente porque, antes do trânsito em julgado da sentença

indenizatória é a data do arquivamento do inquérito policial militar.” (STJ. 1T, REsp 591.419/RS, Rel. Min. Luiz Fux, dj. 25.10.04)

178

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o termo inicial para a propositura da ação indenizatória, em face de ilícito penal que está sendo objeto de processo criminal, é do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, no caso, se, reconhecidos a autoria e o fato no juízo criminal, da suspensão do processo (trânsito em julgado da decisão concessiva de habeas corpus).” (STJ. 3T, REsp 966.722/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, dj. 09.10.07)

179

Esclarece-se que, até mesmo em razão da premissa aqui adotada, de independência entre as esferas judicial e administrativa, mostra-se inadequada a interpretação analógica desse dispositivo legal (CC, art. 200) em relação ao processo administrativo — no sentido de que a fluência do prazo prescricional da reparação civil necessariamente estaria suspensa até a decisão definitiva no esfera administrativa.

A fluência do prazo prescricional terá início com a ciência inequívoca da infração à ordem econômica e seus efeitos (o que poderá se dar, mas não necessariamente, com a decisão administrativa), e somente será suspensa (a partir da instauração da investigação criminal) com fundamento no art. 200 do Código Civil caso se trate de ilícito penal,

180

Como informa Gustavo Kloh Muller Neves, “Nos casos de absolvição, é importante sabermos que apenas faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (CPP, art. 65). Ou seja, mesmo que se aguarde a formação da coisa julgada apenas para o exercício da pretensão indenizatória, e o resultado seja frustrante, não se tratando de absolvição própria, será possível deduzir o pedido e, possivelmente, obter êxito” — Prescrição e decadência no direito civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 88.

Ressalvando aqui o entendimento contrário de Humberto Theodoro Júnior, in Comentário ao novo código civil, vol. III, tomo II, 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 290-292.

condenatória, não existe título executivo judicial, e, por conseguinte, não há ainda a pretensão à sua execução (novamente a teoria *actio nata*).

Nesse caso específico, transitada em julgado a sentença penal condenatória, inicia-se o prazo prescricional para sua execução (que não dependerá do prévio processo de conhecimento, mas meramente da liquidação do prejuízo¹⁸¹).

Item v:

considerações finais acerca da prescrição

Tem-se, à guisa de conclusão deste Capítulo, que em geral (i) o prazo prescricional para o ajuizamento da ação antitruste privada será de 03 anos¹⁸² (CC, art. 206, §3, V), contados da data da ciência inequívoca da parte prejudicada acerca da infração e seus efeitos; e que (ii) em se tratando de cartel, ou de infração tipificada como ilícito criminal, a fluência do prazo prescricional estará suspensa até definição da investigação / processamento da conduta na esfera criminal (CC, art. 200).

Não se desconhece, assim, que a aplicação da regra geral do Código Civil (arts. 189 e 206, §3, V) possa levar à prescrição das ações antitruste privadas antes mesmo do julgamento administrativo pelo CADE. Entretanto, tendo em vista as conclusões firmadas neste Capítulo, esse risco parece se circunscrever a casos pontuais, sem o condão de impedir o desenvolvimento das ações privadas na modalidade “*follow on*”.

Capítulo 3:

Instrução probatória

¹⁸¹ O que, ainda assim, não significa que o exequente necessariamente será indenizado pelo ilícito criminal, eis que no procedimento de liquidação também será necessário comprovar a ocorrência do prejuízo e seu nexo de causalidade (e não apenas o quantum), pelo que é perfeitamente possível a ocorrência da chamada “*liquidação de soma zero*”.

¹⁸² De 05 anos, em se tratando do consumidor final, por aplicação do disposto nos arts. 26 e 27 c/c 12, 14, 18 e 39, incs. V e X do Código de Defesa do Consumidor.

Item i:

Considerações gerais

Como se sabe, a prova se volta à demonstração e confirmação da argumentação trazida pelas partes ¹⁸³, a fim de constituir o "fato processual" ¹⁸⁴ - ¹⁸⁵, que será posteriormente declarado em sentença, e com base no qual será apurada a vontade concreta da lei.

Nesse sentido, e conforme disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, caberá ao autor da ação demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, no caso, a ocorrência de conduta que configure infração à ordem econômica nos termos da lei de defesa da concorrência. De outro lado, caberá ao réu comprovar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.

Em se tratando de infração da ordem econômica — os quais, como visto, são caracterizados pelos potenciais efeitos contrários à concorrência enquanto instrumento da

¹⁸³ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart conceituam a prova como “*todo meio retórico, regulado pela lei e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*” — Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

¹⁸⁴ Segundo CARNELUTTI (2002), o processo “*não pode ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles*”; e conclui: “*dizer, portanto, que prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal ou judicial, ou dizer, entretanto, que é a determinação dos fatos discutidos, é, no fundo, a mesma coisa: aquela é somente uma expressa figurada, e esta uma expressão direta de um conceito essencialmente idêntico*” — CARNELUTTI, Francesco. A prova civil, Trad, Lisa Pary Scarpa, 2a ed. Campinas: Bookseller, 2002, pp. 48 e 73..

¹⁸⁵ Não se desconhece a divergência doutrinária entre a posição de Marinoni e Arenhart (da prova enquanto argumento) — no que são acompanhados por Cândido Rangel Dinamarco —, e aquela de Francesco Carnelutti (prova como elemento constitutivo).

No entanto, ainda que se considere que a “*prova se constitui em um argumento que exerce a função de persuadir o magistrado de maneira que este acabe por concluir no sentido de que se está diante da situação necessária para a produção da consequência jurídica que constitui o objeto do pedido de tutela jurisdicional*” (Cf. Luis Alberto Reichelt. A prova no direito processual civil, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119), a proposição de Carnelutti se mostra correta (dois caminhos de se chegar ao mesmo resultado).

Vale lembrar que mesmo a sentença condenatória contém, em si mesma, um elemento declaratório, no qual declara os fatos com base nos quais aplicado o direito — mas não os fatos enquanto eventos da realidade, mas sim os “*fatos processuais*”, enquanto elementos linguísticos (Cf. Tércio Sampaio Ferraz Junior, Introdução ao estudo do direito, 2a ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 278), formados a partir de um processo de depuração das alegações das partes e provas trazidas aos autos. Daí se dizer que a prova constitui o “*fato processual*” declarado na sentença.

ordem econômica —, a discussão estará necessariamente vinculada às provas de natureza econômica. Ou seja, a instrução da ação estará vinculada a análises e estudos econômicos acerca do mercado objeto da infração.

Especialmente em se tratando de ações com fundamento em condutas colusivas — nas quais em geral a parte prejudicada não dispõe de elementos capazes de comprovar o acordo de vontade entre os infratores —, será necessária a demonstração econômica da evolução de comportamento dos agentes de mercado que aponte na direção da prática coordenada.

Dessa forma, o fato constitutivo do direito do autor (ocorrência da infração) tende a ser demonstrado inicialmente com base no comportamento dos infratores no mercado, juntamente com a documentação que comprove seu prejuízo causado pela conduta do réu¹⁸⁶.

Com base nessa demonstração de natureza econômica do ilícito praticado, a parte prejudicada poderá inclusive requerer em juízo a apresentação, por parte do réu, de documentação contábil estritamente ligada ao mercado em referência. Isso porque a legislação processual, autoriza ao juiz “ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder” (CPC, art. 355)¹⁸⁷.

É evidente, no entanto, que o infrator jamais apresentará documentos que possam demonstrar a ocorrência de uma colusão explícita (como um acordo formal de fixação de preços). No entanto, a exibição judicial de documentos (especialmente os documentos contábeis referentes ao mercado objeto da ação) poderá ser de grande valia para que se possa proceder à quantificação do sobrepreço imposto pela prática anticoncorrencial; vale dizer que tal documentação contábil poderá auxiliar diretamente na estimativa do valor que teria sido praticado em um ambiente de concorrência regular (a base contrafactual exposta anteriormente), de modo a possibilitar a aferição desse sobrepreço.

De acordo com a lei processual (CPC, art. 355), o requerimento de exibição de documentos deverá (i) indicar da forma mais completa possível os documentos a serem

¹⁸⁶ Em regra, os recibos e comprovante de compra que refletem o pagamento do preço acima daquele que teria sido praticado não fosse a prática anticompetitiva.

¹⁸⁷ Não se trata aqui, evidentemente, de instituto com o mesmo grau de extensão que a *discovery* própria do sistema judiciário da *common law*, mas sim de instrumento mais próximo à proposta europeia acerca da instrução probatória em matéria antitruste.

apresentados, (ii) a finalidade dessa documentação para a instrução probatória da causa, e (iii) os elementos pelos quais entende que a parte contrária dispõe de tal documentação. Há aqui, no entanto, que se adicionar uma ressalva: tendo em vista que muitas vezes tal documentação contábil pode se mostrar sensível à prática empresarial da parte contrária¹⁸⁸, faz-se por bem exigir do requerente que demonstra também os elementos que justifiquem sua exibição — ou seja, demonstrar com base em dados econômicos a plausibilidade de suas alegações quanto à prática do ato anticompetitivo.

Item ii:

Elementos do processo administrativo e a ação civil

Até mesmo em razão da complexidade da matéria, é evidente que a questão da instrução probatória se mostra um dos elementos mais delicados da ação antitruste privada, especialmente no que diz respeito às ações indenizatórias autônomas (aquelas independentes de uma prévia apuração administrativa da infração).

No entanto, o particular prejudicado pela infração certamente terá uma facilidade muito maior em obter a reparação de seus prejuízos na chamada ação *follow-on* (ação que se segue à condenação administrativa); mesmo não havendo, no direito brasileiro, vinculação direta entre a decisão administrativa proferida pelo CADE e a decisão a ser firmado na esfera judicial. Isso porque a decisão administrativa, goza da natural presunção de legitimidade e legalidade da qual se revestem os atos estatais dessa natureza.

Significa dizer que o autor da ação, ao apresentar nos autos a decisão administrativa condenatória, cumpre com seu ônus inicial de comprovar a ocorrência da infração (conduta com efeitos anticompetitivos praticada pelo infrator), transferindo ao réu

¹⁸⁸ Anota-se que, nesses casos, a parte obrigada à exibição dos documentos poderá requerer que o processo passe a tramitar em segredo de justiça, como forma de restringir os efeitos da divulgação de suas informações contábeis.

o ônus de afastar a incidência das conclusões firmadas na esfera administrativa ao caso concreto¹⁸⁹.

Juntamente com a decisão administrativa condenatória, interessa à ação antitruste privada também o instituto do acordo de leniência. Trata-se aí de uma das grandes revoluções no combate às infrações à ordem econômica (mormente grandes cartéis), o legislador nacional consagrou o instituto do acordo de leniência — atualmente previsto e regulado nos arts. 86 e 87 da lei de defesa da concorrência. A lei autoriza à Superintendência-Geral a celebrar acordo de leniência com autores (pessoas físicas ou jurídicas) de determinada infração à ordem econômica, que se comprometem a colaborar efetivamente na investigação e persecução administrativa de dos demais autores da infração. Em contrapartida, o particular poderá ter sua pena reduzida em 1/3 a 2/3 da penalidade cabível, ou até mesmo a extinção da ação punitiva da administração pública. Tem-se, com isso, o incentivo para que o infrator delate os demais co-autores do ilícito antitruste, como forma de amenizar sua própria punição.

Dentre os requisitos básicos para celebração do acordo, destaca-se a necessidade de a empresa interessada (i) ser a primeira a se apresentar com respeito à infração; (ii) cessar completamente seu envolvimento com a conduta irregular; e (iii) confessar expressamente sua participação no ilícito antitruste.

Esse instituto — e em especial a particularidade da confissão com efeitos também na esfera criminal — pode lançar efeitos diretos sobre a ação antitruste privada, uma vez que a confissão realizada em âmbito administrativo (e com efeito também na esfera criminal) pode ser diretamente aproveitada pelo particular prejudicado nos autos da ação civil enquanto prova emprestada¹⁹⁰. Dessa forma, a parte prejudicada poderá utilizar o

¹⁸⁹ Não cabe, nos autos da ação indenizatória, discutir eventual invalidade da decisão administrativa; trata-se de questão que deverá ser tratada em sede própria, através de ação anulatória perante a Justiça Federal. Nesse sentido, a prudência parece recomendar que, caso o infrator obtenha (em sede de ação anulatória) tutela antecipada para suspender os efeitos da decisão administrativa, o trâmite da ação anulatória seja suspenso com fundamento no art. 265, inc. IV, “a” do Código de Processo Civil.

¹⁹⁰ O mesmo, no entanto, não se pode dizer da proposta de acordo apresentada pelo infrator, pois, tal como ocorre no compromisso de cessação de prática, a proposta de acordo, que será mantida sob sigilo pela autoridade, não importará em confissão da matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta.

acordo de leniência firmado como instrumento de prova tanto da materialidade como da autoria da infração, podendo direcionar seus esforços à demonstração de seu prejuízo e do nexo de causalidade.

Capítulo 4:

Ações coletivas

Trata-se aqui, é bom lembrar, de interesses e direitos individuais homogêneos, ou seja, aqueles de mesma natureza (à reparação pelo prejuízo pecuniário sofrido), e decorrentes de uma origem comum (infração à ordem econômica). Dessa forma, tem-se que a defesa dos interesses das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo (CDC, art. 81).

Nos termos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, terão legitimidade para propor a ação coletiva: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública (direta ou indireta) especificamente destinados à defesa da concorrência ou dos direitos dos consumidores; e finalmente (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa da concorrência ou de direitos dos consumidores.

Anota-se que, nas ações coletivas, não haverá para o autor a obrigação de antecipar quaisquer despesas processuais (custas, emolumentos, honorários periciais, etc.), nem haverá condenação às verbas de sucumbência (honorários processuais, custas e despesas da parte contrária) em caso de improcedência da demanda (CDC, art. 87).

Do mesmo modo como se dá com relação às ações individuais, também na ação coletiva caberá ao autor optar entre ingressar com a ação contra todos os infratores conjuntamente, ou contra apenas um isoladamente. Entretanto, haverá aqui uma

particularidade: movida a ação contra um único infrator, este não poderá promover a denúncia da lide ou o chamamento ao processo (CDC, art. 88); poderá apenas buscar seu direito de regresso apenas em um segundo momento, seja nos mesmos autos em que foi executado, seja através de ação autônoma (CDC, art. 88).

Com relação à competência, a ação deverá ser proposta (CDC, art. 93) (i) no foro do lugar onde ocorreu o dano, quando de âmbito local; ou (ii) no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal (conforme o caso), para os danos de âmbito nacional ou regional.

Anota-se que, quando a ação coletiva não for ajuizada pelo Ministério Público, este deverá necessariamente atuar no processo na qualidade de fiscal da lei (CDC, art. 92).

Se, por um lado, o Código de Defesa do Consumidor veda a intervenção de terceiros no polo passivo das ações coletivas, por outro, incentiva e estimula o ingresso de terceiros como litisconsortes ativos; a lei consumerista em seu art. 94 determina que, após o ajuizamento da ação, deverá ser publicado edital (diário oficial -- além da divulgação através dos canais de comunicação social), a fim de que os demais prejudicados interessados possam intervir no processo.

É a partir da sentença que a processo coletivo passa a demonstrar suas particularidades mais drásticas se comparado ao modelo tradicional do processo individual: em caso de procedência da demanda, a sentença conterà apenas uma condenação genérica, com a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados (CDC, art. 95); a identificação dos particulares prejudicados (e, pois, legitimados a serem indenizados), bem como o valor da indenização, são relegados a um segundo momento; para a fase de liquidação, que poderá ser promovida pelas próprias vítimas ou, novamente, por qualquer um dos legitimados para o próprio ajuizamento da ação coletiva (CDC, art. 97).

Como se pode ver, trata-se de uma espécie peculiar de liquidação (distinta das tradicionais forma de liquidação tratadas no Código de Processo Civil), eis que não se presta apenas a declarar a extensão da condenação (quantum debeatur), mas também a identificar os legitimados a executar (ou participar da execução) a sentença da ação coletiva. Daí porque a própria lei fala não apenas em "liquidação", mas também em

"habilitação"; abre-se espaço para que o particular prejudicado, nos termos da sentença coletiva, habilite-se no processo e promova a liquidação de seus prejuízos individuais.

Há, aqui, a necessidade de um novo parêntese, pois muito embora a ação antitruste coletiva possa se aproveitar da mesma estrutura traçada para as ações coletivas de consumo (lei n. 12.259/11, art. 47), é preciso lembrar que, via de regra a ação prevista no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor tem em vista uma relação material distinta da ação a que se refere o art. 47 da lei de defesa da concorrência.

A primeira (ação consumerista), tem por substrato material um acidente causado por determinado produto ou serviço posto em circulação no mercado; e tem como objetivo a condenação do fornecedor desse produto ou serviço ao ressarcimento dos prejuízos causados às vítimas (e seus sucessores) desse acidente. Na segunda (ação antitruste), fala-se de uma infração à ordem econômica em razão da qual o público consumidor foi forçado ao pagamento de um sobrepreço indevido para aquisição de determinado produto ou serviço no mercado; e a ação terá como objetivo a devolução ao consumidor desse sobrepreço irregularmente cobrado pelo infrator.

A distinção é especialmente relevante em face às particularidades da sentença que julga procedente a ação coletiva tratada na lei consumerista; pois, em caso procedência da demanda, será proferida sentença com condenação necessariamente genérica, que estabelecerá apenas a responsabilidade do réu pelos danos causados (CDC, art. 95).

Entretanto, no caso da ação antitruste, a própria natureza da relação material leva a uma maior homogeneidade dos danos sofridos pelos consumidores: em regra, dois consumidores que compraram o mesmo produto, na mesma região, sofreram com a cobrança do mesmo sobrepreço.

Essa particularidade permite à sentença da ação antitruste coletiva ir um passo além do previsto na ação consumerista, para desde logo definir as balizas para a liquidação do prejuízo material individual. Isto é, definir, dentro dos mercados relevantes atingidos (e objeto da ação), qual a margem de sobrepreço praticada -- de modo que ao consumidor, em um segundo momento, bastará comprovar que adquiriu o produto/serviço (bem como sua

quantidade) dentro de determinada área/prazo, para que lhe seja ressarcido o sobrepreço injustamente pago, na forma previamente calculada pela sentença coletiva.

Cumprе anotar que não se trata aqui de mera conveniência para o consumidor, mas sim de questão fundamental para o desenvolvimento da ação antitruste coletiva; e isso porque, como visto anteriormente, a comprovação e quantificação dos prejuízos está entre os maiores desafios da ação antitruste privada. Deixar questão de tal complexidade ser tratada por cada um dos consumidores, individualmente considerados, e em incidentes processuais autônomos, significaria retirar praticamente toda a eficácia prática da ação coletiva.

A sentença de procedência fará coisa julgada erga omnes, para beneficiar todas as vítimas da infração e seus sucessores (CDC, art. 103, inc. III); não aproveitará, porém, ao particular que tenha ingressado previamente com a ação individual, e que deixe de requerer sua suspensão em até 30 dias da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (CDC, art.104).

Já a sentença de improcedência não prejudicará o ajuizamento da ação individual por parte do particular prejudicado; salvo o particular que aderiu voluntária à ação coletiva como litisconsorte ativo (CDC art 103, parágrafo 2), contra o qual a sentença de improcedência (acobertada pelo manto da coisa julgada) produzirá regularmente os efeitos previstos na lei processual.

Conclusão

De todo o exposto, tem-se aqui a livre concorrência como um principais instrumentos da ordem econômica para promoção do desenvolvimento nacional e da justiça social; a livre concorrência lícitamente exercida, a competição travada entre os agentes do mercado com base em critérios de eficiência econômica (desenvolvimento de novos produtos, aprimoramento da qualidade e redução de preços), com observância dos valores fundamentais da Constituição.

Tem-se no direito antitruste o principal instrumento jurídico para proteção dessa livre concorrência contra o abuso do poder econômico em sua busca desenfreada pelo lucro. Cabe ao direito antitruste, através de seus mecanismos de controle, a supervisão do poder econômico a fim de garantir que a livre iniciativa seja utilizada em prol dos interesses mais elevados da sociedade. E a experiência brasileira vem caminhando continuamente no sentido de desenvolver uma tutela efetiva da ordem concorrencial.

No entanto, o atual estágio de desenvolvimento econômico passa a oferecer novos desafios aos instrumentos tradicionais do direito antitruste, mormente o chamado controle de estruturas — o qual vem sendo, ao longo da última década, o principal foco de atenção das autoridades nacionais. Isso especialmente em face das novas formas de organização empresarial, cada vez mais sutis e de difícil percepção ao observador externo; há, assim, uma dificuldade cada vez maior para se exercer um efetivo controle prévio das estruturas do mercado.

Essa nova conjuntura aponta para uma necessidade de se dar cada vez mais atenção à supervisão dos mercados através do controle de condutas.

No entanto, tanto a experiência nacional como a internacional demonstram haver ainda graves entraves estruturais na efetiva repressão das práticas anticompetitivas, no

sentido de que raramente as penalidades aplicadas conseguem exercer efetivamente o papel de tornar as infrações economicamente desvantajosas aos agentes de mercado.

Some-se a isso, esse mesmo exame demonstra que ao longo de anos a reparação concreta das vítimas dessas práticas anticoncorrenciais vem sendo dramaticamente negligenciada. Somente nos últimos anos a Comunidade Europeia deu-se conta dessa realidade, e passou a trabalhar no sentido de possibilitar um maior acesso das vítimas à reparação efetiva de seus prejuízos.

No Brasil, assim como se deu com a própria criação do CADE de 1962 a 1994, há previsão específica na lei conferindo ao particular prejudicado o direito à reparação, mas não há utilização concreta dessa prerrogativa. Em grande medida, os prejudicados mostram-se ainda inseguros quanto às chances de êxito da ação indenizatória com fundamento em matéria antitruste, dadas as dificuldades para sua efetiva comprovação, bem como o alto nível de complexidade da matéria.

Nesse contexto, buscou-se aqui apresentar os principais traços da ação antitruste privada, bem como os potenciais benefícios que ela poderá trazer ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência — os quais somente agora começam a chamar a atenção de alguns poucos autores.

Em primeiro lugar, a ação antitruste privada se apresenta como o único instrumento previsto no ordenamento apto a garantir a reparação efetiva dos prejuízos concretos causados pelas práticas anticompetitivas. Fomentar a reparação desses prejuízos deve ser uma das principais preocupações do direito contemporâneo, especialmente à luz dos modernos entendimentos no campo da responsabilidade civil (reparação integral) e do direito processual (tutela específica). Há em todo o ordenamento atual a preocupação em conferir ao titular de um direito exatamente a fruição desse direito, e o direito antitruste não deve caracterizar exceção a essa tendência.

Em segundo lugar, a deficiência constatada na aplicação de sanções adequadas aos infratores demonstra haver amplo espaço para que a atividade estatal de repressão às condutas anticompetitivas seja complementado pela atuação dos agentes privados.

Ressalva-se aqui, apenas, que a despeito de atender também para função pública mais ampla, a ação privada tem como fundamento e preocupação central o interesse

privado (reparação dos danos sofridos). A contribuição com função repressiva se dá por via indireta, como externalidade positiva desse processo do particular de busca pela reparação dos danos que sofreu.

Como se disse anteriormente, num cenário em que já houvesse efetiva repressão das infrações com aplicação de penalidades em níveis ideais, seria necessário conceber mecanismos de interligação e coordenação entre a tutela antitruste pública e a tutela antitruste privada.

No entanto, nesse exato momento de desenvolvimento do combate aos abusos do poder econômico, a ação privada deve ser vista em primeiro lugar como mecanismo de reparação dos prejuízos causados, e em segundo como auxílio aos instrumentos estatais de repressão.

Não significa, porém, que não possa haver pontos de contato e colaboração entre as esferas; cita-se aqui a possibilidade de o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seguindo o exemplo europeu, editar cartilhas instruindo os particulares acerca de pontos sensíveis da ação privada, como a comprovação das infrações e a quantificação dos prejuízos. Documentos nesse sentido, produzidos pela autoridade administrativa, seriam de grande auxílio não apenas aos particulares interessados em ingressar com a ação, mas também a todos os profissionais envolvidos nesse contexto, como magistrados e peritos que venham a atuar nessas demandas.

Em breves linhas, tem-se aqui que a ação antitruste privada é um importante instrumento para a efetiva defesa da livre concorrência e para promoção dos valores e objetivos da ordem econômica. Assim, e tendo em vista que o Brasil já logrou desenvolver seus instrumentos de controle administrativo do poder econômico, parece ser o momento oportuno para passar a fomentar também a atuação privada na defesa da livre concorrência.

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALPA. Guido e outros (org.). **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**, v. 13. Padova: CEDAM, 1989.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**, 3a Ed. Rio de Janeiro: Jurídica Universitária, 1965.

ALVIM, Eduardo Freitas. **A defesa da concorrência no plano internacional: o combate aos cartéis**. São Paulo: Dissertação de mestrado defendido junto à Universidade de São Paulo, 2008.

ANDERSON, C. **Effective Antitrust Compliance Programs and Procedures**, *in* Business Lawyer, Abr., 1963.

AREEDA, P.; TURNER, D. **Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act**, *in* Harvard Law Review, Fev., 1975.

ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**. Milano: Giuffrè, 1960.

ASCH, Peter. **The Determinants and Effects of Antitrust Activity**, *in* Journal of Law and Economics, Out., 1975.

ASSOCIATION OF EUROPEAN COMPETITION LAW JUDGES. **Comments on the Commission's White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules**.

Disponível

em:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/judges_e_n.pdf. Acesso em: 10.2.2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BAKER, Donald I. **Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others?**, in Loyola Consumer Law Review, n. 16, 2004.

BAKER, Jonathan B. **The Case for Antitrust Enforcement**, in The Journal of Economic Perspectives, vol. 17, n 4, 2003.

_____. **The effect of private antitrust damage remedies on resource allocation**. Stanford Law School: working paper, 1985.

_____. **Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses**, in Antitrust Law Journal, n. 64, 1996.

BAKER, Jonathan B.; BRESNAHAN, Timothy F. **The Gains from Merger or Collusion in Product-Differentiated Industries**, in Journal of Industrial Economics, n. 33, Jun., 1985.

_____. **Enforcement of law and noncooperative behavior**, in Journal of Law, Economics and Organisation, 1988.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Origens do direito da concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARON, D. P.; BESANKO, D. **Regulation, asymmetric information and auditing**, in Rand Journal of Economics, vol. 15, 1984.

BAUMOL, W.J.; ORDOVER, J.A. **Use of Antitrust to Subvert Competition**, in Journal of Law and Economics 1, n. 28, 1985.

BEBCHUK, L. **Litigation and settlement under imperfect information**, in Rand Journal of Economics, vol. 15, 1984.

_____. **Enforcement of law and noncooperative behavior**, in *Journal of Law, Economics and Organisation*, 1988.

Suing Solely to Extract a Settlement Offer, in *Journal of Legal Studies*, vol. 17, 1988.

BECKENSTEI, Alan R.; GABE, H. Landis. **The Economics of Antitrust Compliance**, in *Southern Economic Journal*, vol. 52, n. 3, 1986.

BECKER R.; BESSOT, N.; SMIJTER, E. **The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules**, in *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2008.

BECKER, G. **Crime and Punishment: An Economic Approach**, in *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**, São Paulo, Malheiros, 2005.

BERENBEIM, R. **Regulation: Its Impact on Decision Making**. New York: The Conference Board, 1981.

BESANKO, David; SPULBER, Daniel F. **Antitrust Enforcement Under Asymmetric Information**, in *The Economic Journal*, vol. 99, n. 396, 1989.

_____. **Enforcement of law and noncooperative behavior**, in *Journal of Law, Economics and Organisation*, 1988.

BICKS, Robert A. **The Department of Justice and Private Treble Damages Actions**, 4 *Antitrust Bull.* 5 (1959).

BIZJAK, John M.; COLES, Jeffrey L. **The Effect of Private Antitrust Litigation on the Stock-market Valuation of the Firm**, in *The American Economic Review*, vol. 85, n. 3, 1995.

BLAIR, J. **Antitrust Penalties: Deterrence and Compensation**. Washington University: working paper n. 31, may, 1978.

BLAIR, Roger D.; KASERMAN, David. **Market Structure and Costs: An Explanation of the Behavior of the Antitrust Authorities**, in *Antitrust Bulletin*, inverno de 1976.

_____. **A suggestion for improved antitrust enforcement**, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 30, 1985.

BLOCK, M. K.; NOLD, F. C.; SIDAK, J. G. **The deterrent effect of antitrust enforcement**, in *Journal of Political Economy*, vol. 89, 1981.

BREIT, W.; ELZINGA, K.G. **Private Antitrust Enforcement: The New Learning**, in *Journal of Law and Economics*, 405, 1985.

BRIGGS, Hugh C.; HURYN, Kathleen D.; MCBRIDE, Mark E. **Treble Damages and the Incentive to Sue and Settle**, *The RAND Journal of Economics*, vol. 27, n. 4, 1996.

BRKAN M. **Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?**, in *World Competition*, 28(4), 2005.

BRODLEY, J.F., 1995. **Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Incentives and Public Enforcement Goals**, in *Michigan Law Review*, 94, 1, 1995.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito comercial**, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1981.

BURINI, Bruno Corrêa. **Processo Administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista**. São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2010.

BUXBAUM, H.L. **German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement**, in *Berkley Journal of International Law*, Vol. 23: 2, 2005.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARLTON, Dennis W. **Does Antitrust Need to be Modernized?**. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/eag/221242.pdf>. Acesso em: 19.7.2012.

CARPAGNANO, M. **Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-298/04** Manfredi. Disponível em:

<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art3Carpagnano.pdf>. Acesso em 17.7.2012.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico: obras completas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASACCIO, Italo. **La repressione della concorrenza sleale**. Roma: I. Cassacio, 1959.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVANAGH, Edward D. **The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience**. Disponível em: http://www.luc.edu/law/activities/publications/lljdocs/vol41_no3/pdfs/cavanagh_amerex.pdf. Acesso em: 15.5.2012.

CHE, Yeon-Koo; EARNHART, Dietrich. **Optimal Use of Information in Litigation: Should Regulatory Information be Withheld to Deter Frivolous Suits?**, in The RAND Journal of Economics, vol. 28, n. 1, 1997.

CLARK, E.; HUGHES, M.; WIRTH, D. **Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules. Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages**. Brussels: Ashurst, 2004.

CLARK, Homer. **The Treble Damage Bonanza: New Doctrines of Damages in Private Antitrust Suits**, in Michigan Law Review, vol. 52, n. 3, 1954.

CLARK, J.M. **The Orientation of Antitrust Policy**, The American Economic Review, vol. 40, n. 2, 1950.

COLLINS P. **What are the problems with EC Antitrust Damages Actions in Europe? Does the Private Pillar Require Reinforcement?** Conferência realizada em 10/2007. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fvartotojuteises.lt%2Fcontent%2Fdownload%2F409%2F2575%2Ffile%2FEmil%2520Paulis%2520Paper.pdf&ei=O9oFUJ_UOIHj0QHpwOXSCA&us

[g=AFQjCNEIIFZYmY9kfXoDhUcv05eV0WMsxA&sig2=h176v2cupKKvvMmwjR2zqA](https://www.google.com/search?q=g=AFQjCNEIIFZYmY9kfXoDhUcv05eV0WMsxA&sig2=h176v2cupKKvvMmwjR2zqA)

. Acesso em: 17.7.2005.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Green Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules**, Bruxelas, 2005.

COOTER, R.D.; RUBINFELD, D.L. **Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution**, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, 1989.

COMPARATO, Fabio Konder. **Concorrência Desleal**, in *Revista dos Tribunais*, n. 375.

_____. **Ensaaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORRÊA, Mariana Villela. **Abuso de posição dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição**. São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2012.

_____. **Exclusividade e o direito da concorrência**. São Paulo, Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2008.

COTTINO, Gastone. **Diritto commerciale**. Padova: Cedam, 1976.

DIEMER, Ch. **The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules**, in *European Competition Law Review*, 2006.

DOBBIN, Frank; DOWD, Timothy J. **The Market That Antitrust Built: Public Policy, Private Coercion, and Railroad Acquisitions, 1825 to 1922**, in *American Sociological Review*, vol. 65, n. 5, 2000.

DREXL J.; GALLEGGO B.; ENCHELMAIER M.; MACKENRODT M.; PODSZUN R.; **Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the White Paper by the Directorate-General for Competition of April 2008 on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules**, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 7, 2008.

DUTCH RETAIL ASSOCIATION'S . **Dutch Retail Association's response to the White Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules**. Disponível em:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/dutchretail_en.pdf. Acesso em: 18.11.2011.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EGER, Thomas; WEISE, Peter. **Limits to the private enforcement of antitrust law**, second draft. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cbs.dk%2Fcontent%2Fdownload%2F67269%2F930127%2Ffile%2FThomas%25020Eger.doc&ei=jCIHUMPFFqK56wHluPXQCA&usg=AFQjCNFs1WgjMfl0l-wWNMbfqojelrx4A&sig2=fDeInH10u69BRvFoTQIb_A. Acesso em: 21.2.2012.

EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela. **European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law**, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2003.

EILMANSBERGER, T. **The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement through Legislative Action**, in *Common Market Law Review*, v. 44, n. 2, Abr., 2007.

ELZINGA, K. G.; BREIT, W. **Private antitrust enforcement: the new learning**, in *Journal of Law and Economics*, vol. 28, Mai., 1985.

ELZINGA, K. G.; BREIT, W. **The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics**. New Haven: Yale University Press, 1976.

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste**. São Paulo: Singular, 2003.

FARHANG, Sean. **Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System**, in *American Journal of Political Science*, vol. 52, n. 4, 2008.

FARRELL L. **Private Damages Actions: A Review of the Developments in Five Member States**, in International Comparative Legal Guide Series. Disponível em: http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show_chapter=2993&ifocus=1&kh_publications_id=109. Acesso em: 14.4.2012.

FARRELL L.; INCE S. **Private enforcement in the UK**, Nov., 2008. Disponível em: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=67882>. Acesso em: 10.3.2012.

FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE. **Comments of the Federal Ministry of Economics and Technology, the Federal Ministry of Justice, the Federal Ministry of Food, Agriculture and Consumer Protection and the Bundeskartellamt on the EU Commission's White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules**. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/bund_en.pdf. Acesso em: 15.01.2012.

FEINBERG, Robert M. **Antitrust enforcement and subsequent price behavior**, in Review of Economics and Statistics, vol. 62, Nov., 1980.

_____. **On optimal antitrust enforcement: comment**, in Southern Economic Journal, vol. 48, n. 4, Abr., 1982.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov/2013.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962.

FLOYD, C. Douglas. **Antitrust Victims Without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions**, 82 Minn. Law Review, 1, 1997.

FOER, Albert A.; CUNEO, Jonathan W.; STUTZ, Randy; VRCEK, Bojana. **The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law**. Edward Elgar Publishing, 2011.

FONSECA, Antonio (org). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2003.

FONTANA, Giovanni. **La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti d'America**. Milano: Giuffrè, 1937.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Contrato de distribuição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito concorrencial e restrições verticais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Os fundamentos do antitruste**, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORMBY, J. P. **Cartels and antitrust: the rate of fines in deterring violations at the margin**, in *Southern Economic Journal*, vol. 53, Abr., 1987.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FRANCO NETO, Afonso A. de Mello (org). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER. **Response to the Commission's Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules**. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/freshfields_bruckhaus_deringer.pdf. Acesso em: 15.1.2012.

FRONTINI, Paulo Salvador. **A Guerra das Garrafas: uma Página de Direito Econômico do Plenário do CADE**, in *Revista de Direito Mercantil (nova série)*, n. 13, 1974.

GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira (coord). **Estudos de direito econômico e economia da concorrência : em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo**. Curitiba: Juruá, 2009.

GARBADE, Kenneth D.; SILBER, William L.; WHITE, Lawrence J. **Market Reaction to the Filing of Antitrust Suits: An Aggregate and Cross-Sectional Analysis**, in *The Review of Economics and Statistics*, vol. 64, n. 4, 1982.

GERBER, David J. **Private enforcement of competition law: a comparative perspective**, in *Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press, 2007.

_____. **The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws**, in *The American Journal of International Law*, vol. 77, n. 4, 1983.

GHIDINI, Gustavo. **La concorrenza sleale**, 2ª Ed. Torino: UTET, 1982.

GHIDINI, Gustavo; LIBERTINI, Mario; PUTZOLU, Giovanna Volpe. **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**. Padova: CEDAM, 1981.

GHIRON, Mario. **Concorrenza i consorzi**. Torino: Torinese, 1949.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: análise jurídica das colusões horizontais**. São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2006.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GILBERNO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. São Paulo: Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2008.

GINSBURG, D. H. **Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe**, in *Journal of Competition Law and Economics*, 1, 2005.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOULD, J. P. **The Economics of Legal Conflicts**, in *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, 14ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Interpretación y aplicación del derecho**, Madrid: Dykinson, 2007.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**, 8ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O estado, a empresa e o contrato**, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Atividade econômica e regulação**, in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003.

_____. **Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa**, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 4, 1993.

_____. **Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites: Lei n. 8.884, de 1994, e Lei n. 6.729, de 1979: Lei Ferrari**, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 21, 1998.

GREENWALD, William I. **The Measurement of Damages in Private Antitrust Suits**, 5 Antitrust Bull. 293, 1960. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/antibul15&div=20&id=&page=>. Acesso em 20.4.2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O termo de ajustamento de conduta no âmbito da concorrência**, in Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law. Uma análise de direito comparado**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Concorrenza e i conzorzi**. Torino: Utet, 1970.

GUILFOIL, John D. **Damage Determination in Private Antitrust Suits**, in 42 Notre Dame L. 647 (1966-1967). Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/tndl42&div=41&id=&page=>. Acesso em 20.4.2012.

HANDLER, M. **The Inevitability of Risk Taking**, in *Antitrust Law Journal*, vol. 44, 2, 1975.

HARKER, Michael; HVIID, Morten. **Competition Law Enforcement: the “Free-Riding” Plaintiff and Incentives for the Revelation of Private Information**. Centre for Competition Policy Working Paper Series n. 06-9, Abr. 2006.

HAY, G.; KELLEY, G. **An empirical survey of price fixing conspiracies**, in *Journal of Law and Economics*, vol. 17, Abr., 1974.

HELLWIG, M. **Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist’s Perspective**. Reprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2006/22.

HOLMES, K. **Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK**, *ECLR*, 25(1), 2004.

HONORATI, Costanza. **La legge applicabile alla concorrenza sleale**. Padova: Cedam, 1995.

HOWARD, Jeffrey H.; KASERMAN, David. **Proof of Damages in Construction Industry Bid-Rigging Cases**, in *Antitrust Bulletin*, n. 34, Verão, 1989.

HOWREY, Edward, F. **Economic Evidence in Antitrust Cases**, in *Journal of Marketing*, vol. 19, n. 2, 1954.

HUFFMAN, Max. **The Necessity of Plading Elements in Private Antitrust Conspiracy Claims**, in *Journal of Business and Employment Law*, vol. 10, 2008.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases**, Moscou, Mai., 2007. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>. Acesso em: 13.10.2011.

JACOBY, Neil H. **Antitrust Policy Re-Examined**, in *Journal of Political Economy*, vol. 58, n. 1, 1950.

JONES, C. A. **Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check**, *in*: World Competition, 27, 2004.

JÜNTGEN, D.; SURA, M., **Germany**, *in* The International Comparative Legal Guide to Competition Litigation, 2011. Disponível em: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3925.pdf>. Acesso em: 15.11.2011.

KANDORI, Michihiro; MATSUSHIMA, Hitoshi. **Private Observation, Communication and Collusion**, *in* Econometrica, vol. 66, n. 3, 1998..

KAPLOW, L. **Accuracy in the Assessment of Damages**, *in* Journal of Law and Economics, vol. 39, 1996.

_____. **Accuracy in the Determination of Liability**, *in* Journal of Law and Economics, vol 37, 1994.

_____. **Shifting Plaintiff's Fees Versus Increasing Damage Awards**, *in* RAND Journal of Economics, vol. 24, 1993.

_____. **The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis**, *in* Journal of Legal Studies, vol. 23, 1994.

KAUPER, Thomas .E.; SNYDER, Edward .A. **An Inquiry into the Efficiency of Private Antitrust Enforcement: Follow-on, and Independently Initiated Cases Compared**, *in* Georgetown Law Journal, Vol. 74, 1986.

KENNAN, John; WILSON, Robert. **Bargaining with Private Information**, *in* Journal of Economic Literature, vol 31, n. 1, 1993.

KOMNINOS A., **Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?**. 2006. Disponível em: <http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art1Komninos.pdf>. Acesso em 16.6.2012.

_____. **EC private antitrust enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts**, Oxford/Portland, 2008.

KORTMANN J., SWAAK C. **The EC White Paper on Antitrust Damages Actions: Why the Member States are (Right to be) Less Than Enthusiastic**, in *ECLR*, 30(7), 2009.

KOVACIC, William E. **Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct**, in *Connecticut Law Review*, 31:4, Verão, 1999.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. **Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking**, in *Journal of Economic Perspectives*, 14:1, inverno, 2000.

KUHLMAN, John M. **Theoretical Issues in the Estimation of Damages in a Private Antitrust Action**, in *Southern Economic Journal*, vol. 33, n. 4, 1967.

LANDE, R. H.; DAVIES J. P. **Comparative Deterrence From Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws**. University of San Francisco Law Research Paper n. 17, 2010.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. **Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases**, *University of San Francisco Law Review*, vol. 42, 2008.

LEE, Li Way. **Some models of antitrust enforcement**, in *Southern Economic Journal*, vol. 47, Jul. 1980.

LETWIN, William L. **The Origins of Antitrust Policy**, in *Journal of Political Economy*, vol. 64, n. 2, 1956.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. **What Determines Cartel Success?**. University of Michigan Business School Working Paper n. 02-001, Jan. 2002.

LEVITT, Theodore. **Law, Economics, and Antitrust Revision**, in *Southern Economic Journal*, vol. 21, n. 4, 1955.

LIANOS, I.; KOKKORIS, I. (org), **The Reform of EC Competition Law: New Challenges**. Aalphen: Kluwer Law International, 2009.

LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial**. São Paulo: Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2009.

LOEVINGER, Lee. **Private Action – The Strongest Pillar of Antitrust**, 3 Antitrust Bull. 167 (1958). Disponível em:

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/antibul13&div=14&id=&page=>. Acesso em 14.5.2012.

LONG, W. F.; SCHRAMM, R.; TOLLISON, R. **The economic determinants of antitrust activity**, in Journal of Law and Economics, vol. 16, Out., 1973.

LONGO, Mario. **Lezioni introduttive allo Studio giuridico della concorrenza economica**. Torino: G. Giappichelli, 1968.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTR, 2006.

MACINTYRE, Everette. **The Role of the Private Litigant in Antitrust Enforcement**, in Antitrust Bulletin, vol. 7, 1962.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos; conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARCOS F.; GRAELLS A. S. **Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?**, in European Review of Private Law, 3, 2008

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MASSON, R. T.; REYNOLDS, R. J. **Statistical studies of antitrust enforcement: a critique**. Papers and Proceedings of the American Statistical Association, 1977.

MCAFEE, R. P.; VAKKUR, N. **The Strategic Abuse of Antitrust Laws**, in Journal of Strategic Management Education, n. 3, 2004.

MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; MIALON, Sue H. **Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis**. Emory Law and Economics Research Paper n. 05-20, 2005.

_____. **Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?**. Emory Law and Economics Research Paper n. 05-18, Ago., 2005.

MCCURDY, G. **The Impact of Modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective**, ECLR, 25(8), 2004.

MEDEIROS DA SILVA, Jorge. **A lei antitruste brasileira**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

MEESEN, Karl M. **Antitrust Jurisdiction under Customary International Law**, in *The American Journal of International Law*, vol. 78, n. 4, 1984.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, 3ª ed. Rio de Janeiro: 1938.

MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Monopólios e acordos de não concorrência da antiguidade** in *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 32, jul/dez, 2001.

MOSCO, Luigi. **La concorrenza sleale**. Napoli: Jovene, 1955.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito: livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. **Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição**. São Paulo: Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2007.

NELSON, Richard R. **Assessing Private Enterprise: An Exegesis of Tangled Doctrine**, in *The Bell Journal of Economics*, vol. 12, n 1, 1981.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.

NEWMARK, Craig M. **Is Antitrust Enforcement Effective?**, in *Journal of Political Economy*, vol. 96, n. 6, 1988.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**, São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ODUDU, O. **Developing private enforcement in the EU: Lessons from the Roberts Court**, in *The Antitrust Bulletin*, 53(4), 2008.

OFFICE OF FAIR TRADING. **Private Actions in Competition Law: effective redress for consumers and business**, Nov., 2007. Disponível em: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft916resp.pdf. Acesso em 17.11.2011.

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

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

OSTI, Cristoforo. **Antitrust e oligopolio: concorrenza, cooperazione e concentrazione**. Bologna: Il Mulino, 1995.

PAGE, William H.; BLAIR, Roger D. **Controlling the Competitor Plaintiff in Antitrust Litigation**, in *Michigan Law Review*, vol. 91, n. 1, 1992.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **Defesa da concorrência no sistema financeiro**. São Paulo: Singular, 2006.

PEYER, Sebastian. **Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany**, Centre for Competition Policy Working Paper n. 10-12, Jul., 2010.

PEYRADU, Adelina. **Concorrenza illecita**. Milano: Fratelli Booca Editori, 1915.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2010.

PIECHOTA, Anna. **Private enforcement of EU competition law: recent developments, problems and prospects**. Disponível em: http://www.ipwi.uj.edu.pl/pliki/prace/Praca%20magisterska%20-%20Anna%20Piechota_1317147471.pdf. Acesso em 18.7.2012.

POLINSKY, A. M. and SHAVELL, S. **The optimal tradeoff between the probability and magnitude of fines**, in *American Economic Review*, vol. 69, Dez. 1979.

POLINSKY, A. Mitchell. **Detrebling versus decoupling antitrust damages: lessons from the theory of enforcement.** Disponível em: http://www.nber.org/papers/w1846.pdf?new_window=1. Acesso em 17.5.2012.

POLLOCK, Earl E. **The “Injury” and “Causation” Elements of a Private Antitrust Action**, in *Section of Antitrust Law*, vol. 21, 1962..

POSNER, Richard A. **A Statistical Study of Antitrust Enforcement**, in *Journal of Law and Economics*, vol. 13, 1970.

_____. **Antitrust Law: An Economic Perspective.** Chicago: Univ. Chicago Press, 1976.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Concorrência, ordem jurídica e a nova econômica institucional: uma análise custo-transacional da formação da política econômica antitruste.** São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2011.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2001.

REICH, N. **The Courage doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?**, in *CMLR*, 42, 2005. Disponível em: <http://www.kernbureau.uva.nl/template/downloadAsset.cfm?objectid=F429A43A-8E04-456F-BC7A46EAD54C0CC9>. Acesso em 12.02.2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROACHI, Kent; TREBILCOCK, Michael J. **Private Enforcement of Competition Laws**, *Osgoode Hall Law Journal*, vol 34, Jan., 1996.

ROCCO, Alfredo. **Principii di diritto commerciale.** Torino: Torinese, 1928.

RODAS, João Grandino. **Acordos de leniência em direito concorrencial – práticas e recomendações**, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 862, 2007.

_____. **Concorrência: buscas e apreensões nas empresas**, in *Jornal da Ajufesp*, São Paulo, ano 8, n. 52, jan./mar., 2007.

_____. **O direito antitruste e as entidades educacionais.** São Paulo: 2008.
Disponível em: http://www.semesp.org.br/portal/pdfs/2008/guia_da_concorrencia.pdf.
Acesso em 8.3.2012.

RODGER, B., **Private Enforcement of Competition Law, the Hidden Story: Competition Law Litigation Settlements in the United Kingdom, 2000-2005**, in ECLR, 29, 2008.

ROTH, W. **Private enforcement of European competition law - Recommendations flowing from the German experience**, in: Basedow J. (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2007"

SALANT, S. W. **Treble damage awards in private lawsuits for price fixing**, in *Journal of Political Economy*, vol. 95, Dez., 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord). **Regulação e desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A paralisia do antitruste.** Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Direito concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Condutas tendentes à dominação dos mercados análise jurídica.** São Paulo: Dissertação apresentada junto à Universidade de São Paulo para o concurso de titularidade de cátedra, 2001.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais.** São Paulo: Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2012.

SALOP, Steven C.; WHITE, Lawrence J. **Economic Analysis of Private Antitrust Litigation**, in *Georgetown Law Journal*, 74, April, 1986.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE.** São Paulo: Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2012.

SANTOS, Rodrigo Surcan dos. **Condutas colusivas horizontais: uma análise crítica de conceitos econômicos na interpretação da legislação de defesa da concorrência no Brasil.** São Paulo: Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2007.

SANZO, Salvatore. **La concorrenza sleale.** Padova: Cedam, 1998.

SCHMIDT, Karsten. **Procedural Issues in the Private Enforcement of EC Competition Rules: Considerations Related to German Civil Procedures.** Disponível em: <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2001/Schmidt.pdf>. Acesso em 18.7.2012.

SCHRAMM, R.; TOLLISON, R. **The economic determinants of antitrust activity**, in *Journal of Law and Economics*, vol. 16, Out., 1973.

SHAVELL, S. **The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System**, in *Journal of Legal Studies*, 11, Jun. 1982.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIEBERT T. **Germany: Private antitrust litigation**, in *The European Antitrust Review*, 2011. Disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/28/sections/100/chapters/1108/germany-private-antitrust-litigation/>. Acesso em: 8.3.2012

SIEGFRIED, John J., **The Determinants of Antitrust Activity**, in *Journal of Law and Economics*, Out., 1975.

SORDELLI, Luigi. **La concorrenza sleale.** Milano: Giuffrè, 1955.

SPILLER, P. T. **Treble damages, limited liability and optimal suing time**, in *Research in Law and Economics*, vol. 9, 1984.

STARK, Andrew. **Beyond Quid Pro Quo: What's Wrong with Private Gain from Public Office?**, in *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, 1997.

STIGLER, G. J. **Law enforcement, malfeasance and compensation of enforcers**, in *Journal of Legal Studies*, vol. 3, Jan., 1974.

_____. **The optimum enforcement of laws**, in *Jornal of Political Economy*, vol. 78, Mai.-Jun., 1970.

STRINGHINI, Adriano Cândido. **Disciplina antitruste e licitações públicas**. São Paulo: Dissertação de mestrado defendida junto à Universidade de São Paulo, 2006.

SUSMAN, Stepehn D. **Standing in private antitrust cases: where is the supreme court going?**, in *Antitrust Law Journal*, vol. 52, n2, 1983.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUHR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*, Tomo I, Albolote: Comares, 2007.

TYLER, Richard B. **Private Antitrust Litigation: The Problem of Standing**, in *University of Colorado Law Review*, 49, 269, 1977-1978.

VELJANOVSKI, C. **The Market for Regulatory Enforcement**, in *The Economic Journal*, Supplement, Mar., 1983.

WAELEBROECK, D. **Private Enforcement: Current Situation and Methods of Improvement**, in: Lianos, I.; Kokkoris, I. (org), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*. Aalphen: Kluwer Law International, 2009.

WATKINS, Myron W. **Present Position and Prospects of Antitrust Police**, in *The American Economic Review*, vol. 32, n. 2, 1942.

WHITE, Lawrence J.; ROSENBAUM, David I. **Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning**, The MIT Press, Dez., 1987.

WILS, Wouter P. J. **Is Criminalization of EU Competition Law the Answer**, in *World Competition*, 28(2), 2005.

_____. **Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?**, *in* World Competition, 26(3), 2003.

_____. **The relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages**, *in* World Competition, 32(1), 2009.

WILSHER Dan. **The Public Aspects of Private Enforcement in EC Law: some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture**, *in* Competition Law Review, 3(1), 2006. Disponível em: <http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art2Wilsher.pdf>. Acesso em: 18.4.2012.

WOODS, D.; SINCLAIR. A.; ASHTON, D. **Private enforcement of Community competition law: modernization and the road ahead**, *in* Competition Policy Newsletter, n. 2, 2004.

WURMNEST, W. **A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition**, *in* German Law Journal, 6, 2005.